المسئولية العقدية

فى مجال المعلوماتية

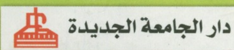
(الإشكالية الخاصة بضمان العيب الخفى وضمان عدم المطابقة)

دكتور

سعيد السيد قنديل

أستاذ القانون المدنى

كلية الحقوق - جامعة طنطا



دار الجامعة الجديدة للنشر

٣٨ شارع سوتير ـ الأزاريطة الإسكندرية ت : ٤٨٦٣٦٢٩ - ٤٨٦٨٠٩٩
E-mail. : darelgamaaelgadida@hotmail.com
www.darggalex.com info@darggalex.com

المسئولية العقدية
فى مجـال المعلوماتـية
(الإشكالية الخاصة بضمان العيب الخفى
وضمان عدم المطابقة)

المسئولية العقدية

في مجال المعلوماتية

(الإشكالية الخاصة بضمان العيب الخفى وضمان عدم المطابقة)

دكتور

سعيد السيد قنديل

أستاذ القانون المدنى

كلية الحقوق – جامعة طنطا

2014

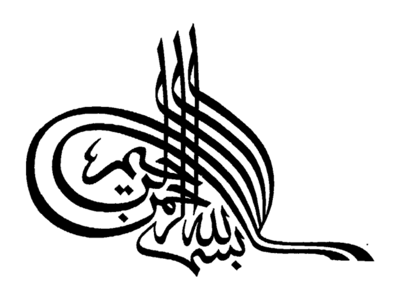


٣٨–٤٠ ش سـوتير – الأزاريطة – الإسـكندرية

تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ فاكس: ٤٨٥١١٤٣ تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail: darelgamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com


بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

في ضوء التطور السريع والملحوظ في عالم المعلوماتية والشبكات، وأمام تعدد أطراف المتعاملين مع الشبكة العنكبوتية الموسومة بالإنترنت فقد اختلفت المراكز ا لقانونية لهؤلاء المتعاملين بين محترفين متخصصين في مجالاتهم وبين مستهليكن عاديين هدفهم الوحيد هو محاولة إتمام أعمالهم عن طريق تلك الشبكات في حدود معرفتهم خاصة وأن التعامل الالكتروني لإبرام العديد من العقود قد بدأ في التزايد، ولا يستبعد أن يكون هو الوسيلة الأساسية في التعامل بين الأفراد في القريب العاجل.

ونود أن نشير منذ البداية أن هذا الاختلاف البين قد جعل هدف بحثنا هذا هو طرح الوسائل القانونية التي يمكن من خلالها توفير الحماية للمستهلك العادي عندما يدخل في علاقات عقدية مع محترفين متخصصين من خلال مجال يصعب في الواقع الإلمام بكافة جوانبه على بعض المتخصصين. وحتى لا يكون هناك إجحاف بحقوق البعض فقد تبنينا طيلة البحث المفهوم الموسع للمستهلك العادي والذي يشمل الأشخاص العاديين وكذلك أي متخصص في مجال يختلف عن تخصص البائع.

وأمام حداثة التعاملات الالكترونية على الساحة القانونية فقد نادى البعض بضرورة تطويع القواعد العامة للمسئولية العقدية لتصبح أكثر توافقاً مع خصوصية العقود التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت بوجه عام، والعقود التي يكون محلها برامج معلوماتية على وجه الخصوص. ومما لا شك فيه أن مبدأ سلطان الإرادة سيظل هو "السلطان" الآمر لكافة العقود ولكن في حدود ما ينص عليه القانون أو يستقر غليه القضاء في ضوء ما يعرض من مشكلات عملية أمامه.

ومن دواعي طرح هذا البحث للدراسة الإشكالية الخاصة بتحديد طبيعة ما يرد على برامج الحاسب الآلي من تعاقدات هل يمكن اعتبار

استغلال أو التعامل على هذا البرنامج عقد بيع تخضع أحكامه للنصوص والضمانات المقررة للمشترى طبقاً لأحكام القانون المدني، أم أنه لا يعد كذلك بكل ما يترتب على ذلك من آثار وبغض النظر عن طبيعة أطراف تلك العقود من حيث تخصصهم في مجال التعامل.

ولعل الاتجاهات الحديثة التي أرست بعض المبادئ الهادفة إلى حماية المستهلك العادي قد فرضت علينا تبنى فكرة تكييف العقود التي يكون محلها تلك البرامج المعلوماتية باعتبارها عقود بيع بكل آثارها خاصة بالنسبة لضمانات المشتري المقررة في مواجهة البائع المحترف.

وتمشياً مع ذات الاتجاه فقد أستقر الفقه والقضاء على تحليل دقيق لكافة ما يمكن أن تشتمل عليه هذه الطائفة من العقود من شروط سواء كانت تهدف إلى تحديد الالتزام مصدر المسئولية للبائع، وكذلك ما يمكن أن يدرج البائع خاصة المحترف من شروط يكون هدفها التخفيف أو الإعفاء من مسئوليته أمام التوجه الحديث لاعتبار مثل هذه الشروط بمثابة شروط تعسفية لا يمكن التعويل عليها. ولا يختلف الأمر كثيراً بالنسبة لأية شروط أخرى تهدف إلى تحديد مسئولية البائع المحترف أمام المستهلك العادي بالمفهوم الموسع.

وإذا كانت تلك الخصوصية يمكن أم تثير العديد من المشكلات العملية في حال إبرام عقد واحد بين طرفين، فإن الإشكالية تصبح أكثر تعقيداً حال وجود سلسلة العقود المتوالية ذات الهدف والمحل المشترك خاصة عند ما يتخلل تلك السلسلة محترفين ومستهلكين عاديين وتشتمل بعض العقود على شروط ذات طابع خاص بالنسبة لتعديل مسئولية أي منهم ويختلف الاعتداد بها من متعاقد إلى آخر بحسب توصيفه الفني محترف أم لا في مجال ذات التعاقد.

وأياً ما كان الأمر، فإن الحقيقة العملية أن العديد من مشكلات عقود بيع المعلوماتية كانت بسبب الضمان الخاص بالعيوب الحفية

وكذلك ضمان المطابقة. فالعيب الخفي- حسب نصوص القانون المدني وأحكام القضاء – لا يمكن إلزام البائع بضمانة إلا إذا توافرت العناصر الثلاثة المحددة له والمتمثلة في قدم العيب وخفاءه وأن يكون مؤثراً. وأمام الصعوبات الفنية والقانونية لبرامج الحاسب الآلي والشبكات وما يمكن أن يوجد بها من فيروسات أياً كانت طبيعتها فهل يمكن القول بتوافر عناصر العيب الحفي بشأنها بحيث يلتزم البائع بضمانها بكافة أحكام هذا الضمان ويحق للمشترى استعمال الخيارات التي منحها المشرع إياه في مواجهة ذلك الضامن مع إعمال التوجهات الحديثة الخاصة بحماية المستهلك في مواجهة الباعة المحترفين.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد وحسبب بل إن المشكلة تزداد تعقيداً أمام الاختلاف الكبير لدى الفقه والقضاء بشأن التمييز بين ضمان العيب الخفي وضمان عدم المطابقة ذلك أن البعض يعتبر العيبان مترادفان ولا يوجد اختلاف بينهما، في حين يذهب البعض الأخر إلى اختلاف كل عيب منهما عن الآخر لاختلاف أحكام كل منهما وأساسه القانوني وكذلك دعوى ممارسة الحق المتعلق بأي منهما من جانب المشترى. وأمام هذه الصعوبات فسوف نحاول الوصول إلى تأصيل فقهي قضائي مقارن لإظهار مواطن الاختلاف والتقارب التي أثارت تلك المشكلة وذلك كله – وكما سبق الإشارة – في ضوء البحث عن الوسائل التي يمكن من خلالها توفير حماية للمستهلك باعتباره الطرف الأقل من الناحية المادية والفنية والذي يتعين حمايته دون أن يصل الأمر إلى التعسف في مواجهة البائع حسن النية.

تقسيم

وحيث كان ما سبق، فإننا سوف نعالج هذا البحث من خلال التقسيم التالي:

الفصل الأول: صعوبة توافق القواعد العامة للمسئولية العقدية في مجال المعلوماتية.

الفصل الثاني: بعض التطبيقات العملية للمسئولية العقدية في مجال المعلوماتية.

الفصل الأول
صعوبة توافق القواعد العامة للمسئولية العقدية في مجال المعلوماتية

فى مجال المعلوماتية والشبكات يتعين الأخذ فى الاعتبار بأن الشخص الأول الذى يمكن أن يلحق به ضرر من وراء هذا التطور المعلوماتى هو مستغل الشبكة ومستخدم البرامج، وبناء على ذلك فهناك علاقة عقدية تنشأ بين هؤلاء الأشخاص وبين مصنعى ومقدمى خدمات المعلومات والشبكات بمجرد عملية الشراء أو الترخيص بالانتفاع بالبرنامج. ولا يخفى على أحد أن عدم تنفيذ المورد أو البائع للبرنامج أو للخدمة المعلوماتية لأى من التزاماته إنما ينشئ على عاتقه التزاماً يجد مصدره فى العقد المبرم والمسئولية العقدية الناشئة عن هذا الإخلال. وإذا كانت القواعد العامة للمسئولية العقدية هى القانون واجب التطبيق فيما بين الأطراف إلا أنه يجب الإشارة إلى أن برامج المعلوماتية والشبكات إنما تتمتع بخصوصية قد لا تتفق فى بعض الأحيان مع القواعد العامة، لذلك يجب البحث فى صعوبات وضع المسئولية العقدية موضع التنفيذ فى هذا المجال لكى يمكن التوصل إلى القواعد الأكثر ملائمة فى تحقيق العدالة مع مراعاة كافة الاتجاهات الحديثة الهادفة إلى حماية المستهلك العادى عندما يدخل فى علاقات عقدية غير متكافئة مع متخصصين فى مجال المعلوماتية والشبكات.وإظهاراً لخصوصية البحث وسعياً لحماية المستهلك يتجه البعض إلى تكييف عقد بيع المعلوماتية بانه عقد إذعان لأن المشترى أو مستغل البرنامج لا يكون له – من الناحية الفعلية – دور فى التفاوض أمام وجود عقود نموذجية تنظم هذا الاستغلال. ويضيف صاحب ذلك الاتجاه أنه وإن كان من الممكن ألا يظهر ذلك بشكل واضح فى تحديد التزامات كل طرف إلا أن الأثر الأكثر أهمية فى هذه العلاقة يتعلق بتحديد طبيعة الشروط المعدلة للمسئولية التى يمكن أن يتضمنها أى عقد من هذه العقود.

فضلاً عما سبق، فقد ثار خلاف بين الفقهاء بشأن تكييف العلاقة بين مستغل برامج الحاسب الآلى وبين منتجى وموردى هذه البرامج. ففى الولايات المتحدة الأمريكية ذهب رأى إلى أن العلاقة المشار إليها لا تخرج عن كونها عقد بيع تقليدى[1]، فى حين ذهب البعض إلى أنها ليست عقد بيع vente وإنما هى فقط مجرد ترخيص بالانتفاع licence[2]. كما ذهب البعض إلى أن العملية التى تم إبرامها ليست بيعاً ولا ترخيص بالانتفاع وذلك على سند من القول بأن عملية استغلال البرنامج المعلوماتى لا تنتقل معها أية حقوق عينية مرتبطة بعقد البيع وبالتالى فلا يمكن اعتبارها بيعاً. ومن ناحية أخرى، فإن ترخيص الانتفاع والمقابل اللازم له إنما يتم تقديره جزافاً ولمرة واحدة، وبالتالى فلا يعد عقد إيجار، وفى ضوء كل ما سبق يكون العقد المبرم عقداً ذو طابع خاص يندرج ضمن طائفة العقود الغير مسماه[3]. ويشير صاحب الاتجاه الأخير إلى أن الوضع فى القانون الأمريكى UCITA يفرق بين حالتين، الأولى إذا كان المستغل يدفع مقابل عن البرنامج، ففى هذه الحالة يكون العقد بيع ويتعين تطبيق كافة أحكامه، أما إذا لم يكن هناك مقابل لذلك كان عقداً غير مسمى[4].

([1])EJAN MACKAAY: Le marché du progiciel – licence ou vente?, cahiers de propriété intellectuelle, 1994, p. 401 et s.
([2])MICHEL VIVANT et autres: Lamy droit de l'informatique et de réseaux, Paris, Lamy, 2001, n° 840, p. 522 et s.
([3])PIERRE – PAUL LEMYRE: Les logiciels libres sous l'angle de la responsabilité civile, Mem. D.E.A., Université de Mantréal, Novembre 2002, n° 71, p. 28.
([4])Uniform Computer Information Transactions Act, Art. 102 (9) (10).
مشار لهذا القانون فى :
PIERRE – PAUL LEMYRE: Les logiciels libres sous l'angle de la responsabilité civile, Mem. Préc, p. 29.

ونحن من جانبنا نميل إلى الاتجاه القائل بتكييف العقد على أنه عقد بيع وذلك فى ضوء ما يتمتع به المشترى من حماية وضمانات خاصة فى مواجهة البائع.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد فى ضوء ما يتمتع به مجال البحث من خصوصية، فقد أثير تساؤل حول تكييف عقود المعلوماتية التى تنصب على برامج الحاسب الآلى كمصنف أدبى، فضلاً عن العقود التى تنصب على الأشياء المادية الملموسة فى هذا المجال. والإجابة على هذا السؤال لا تثير خلافاً بالنسبة للأخيرة، فإذا كان محل العقد هو نقل ملكية تلك الأشياء المادية فنحن بصدد عقد بيع بكل ما يترتب عليه من آثار. ولكن الإشكالية الكبيرة تتعلق ببرامج الحاسب الآلى فى حد ذاتها، وهل يعد التصرف فيها بيعاً بالمعنى التقليدى أم يأخذ شكل عقد آخر له أحكامه وآثاره. وإجابة على ذلك التساؤل ذهب رأى فى الفقه الفرنسى إلى الأخذ بفكرة التبعية وذلك انطلاقاً من أن عقد بيع الأشياء المادية فى مجال المعلوماتية يشمل كافة ما يقدم معها من ملحقات ومن بينها برامج الحاسب الآلى، وبناء عليه يستفيد المشترى من كافة أحكام الضمان المنظمة فى عقد البيع فى هذه الحالة([1]). وقد وجد هذا الرأى تأييداً من جانب المحكمة التجارية بباريس حين قضت بأن عقود بيع المعلوماتية ترد وترتب آثارها على الأشياء المادية محل العقد وكذلك برامج الحاسب وقواعد البيانات وغيرها من الملحقات المرتبطة([2]).

([1])PHILIPPE LE TOURNEAU: Tres brèves observations sur la nature de contrats relatifs aux logiciels, JCP, éd. G., 1982, I, n° 3078.
([2])T.C. de Paris, 17 décembre 1999, Expertises, n° 237.

حيث جاء فى الحكم أنه :
"Le Tribunal a jugé que l'obligation de déliverance et de conformité de la chose remise à celle qui avait été commandée, propre à la vente, portait sur les materiels, les logiciels de base et du logiciel de gestion, presentés dans le bon de commande, comme formant un tout informatique".

ويضيف البعض أن الرأى والحكم السابقين يحققان فائدة عملية مفادها عدم تعدد العقود الواردة على ذات المحل خاصة على اعتبار أن برامج الحاسب وغيرها من المصنفات الأدبية تعد من ملحقات الأشياء المادية التى تم بيعها وهذا يحقق فى النهاية حماية ذات طابع خاص للمشترى وذلك بالنظر لما يحصل عليه من ضمانات متعددة مصدرها عقد واحد([1]).

وبالمقابل لما سبق، فقد تبنت محكمة استئناف مونبيلييه تفسيراً مضيقاً حيث قضت بأن العقود الواردة على برامج الحاسب الآلى والأشياء المادية فى مجال المعلوماتية لا يجب أن تأخذ تفسيراً موحداً موسعاً يغطى كافة ما يتعلق بالعقد بصرف النظر عن تحديد الطبيعة القانونية المنضبطة لكل منها، فعقد البيع ومحله نقل ملكية المبيع يتعلق من حيث الأصل بالأشياء المادية فقط، أما برامج الحاسب الآلى وما تحتويه من معلومات فلا ينطبق عليها أحكام عقد البيع التقليدى إلا إذا تم النص عليها صراحة، فلا يجب التوسع فى مفهوم العقد فى مثل هذه الحالات فى ضوء الاختلاف المشار إليه([2]). ونحن من جانبنا نرى أفضلية الاتجاه الأول خاصة عندما يكون المشترى مجرد مستهلك عادي أو حتى متخصص ولكن فى مجال آخر غير البائع. وأياً ما كان الأمر، فإننا سوف نعالج خصوصية المسئولية العقدية فى مجال المعلوماتية من خلال بيان الصعوبات المتعلقة بأركان المسئولية العقدية فى مجال البحث (المبحث الأول)، ثم نعقب ذلك ببيان الدور الذى يمكن أن تلعبه الشروط الاتفاقية فى تنظيم المسئولية العقدية فى مجال المعلوماتية (المبحث الثانى).

([1])Sabine LIPOVETSKY: Les clauses limitatives de responsabilité et de garantie dans les contrats informatique, approche comparatives France / Etats Unis, quelles limitations?, Expertises, mai 2000, p.3.
([2])C.A. Montepellier, 2e ch, 2 juillet 1991, jurisdata, n° 88, p. 142.

المبحث الأول
الصعوبات المتعلقة بأركان المسئولية العقدية
فى مجال المعلوماتية

حيث إن المسئولية العقدية لا يمكن إثارتها ما لم يثبت المضرور توافر أركانها الثلاثة مجتمعة، فإنه يتعين تحديد تلك الأركان وبيان ما تتسم به من خصوصية فى مجال المعلوماتية والشبكات. لذلك فسوف يتم بحث الصعوبة الخاصة بإثبات الخطأ العقدى فى مجال البحث (المطلب الأول).

وحيث إن الضرر هو الركن الأساسى للمسئولية المدنية أياً كانت طبيعتها فإن ذلك يقتضى إظهار خصوصية الضرر فى مجال البحث (المطلب الثانى).

وحيث إن رابطة السببية هى محور المسئولية وأساس الحكم بتعويض المضرور فإنها تفرض نفسها على ساحة البحث فى محاولة لتأصيلها وبيان حالات دفعها (المطلب الثالث)، وذلك وفقاً للتفصيل التالى.

المطلب الأول
صعوبة إثبات الخطأ العقدي
في مجال المعلوماتية

لكى يمكن تحديد الخطأ فى جانب الشخص المحتمل أن يكون مسئولاً، فإن ذلك مرتبط أولاً بالرجوع إلى الالتزام الملقى على عاتقه بحسب ما إذا كان التزاماً ببذل عناية أم التزاماً بتحقيق نتيجة. وبناء على ذلك عندما يكون التزام المدين التزاماً بتحقيق نتيجة، ولم تتحقق النتيجة المرجوة فإن ذلك مفاده هو وجود الخطأ المفترض في جانبه فضلاً عن توافر علاقة السببية بين عدم تنفيذه لالتزامه أو تأخيره في تنفيذه

وبين ما أصاب المتعاقد الآخر من ضرر ولا يكون أمامه من سبيل لدفع مسئوليته سوى بإثبات السبب الأجنبي الذي يقطع علاقة السببية[1].

وبالمقابل لما سبق، عندما نكون بصدد التزام ببذل عناية فإنه يتعين على الدائن إثبات أن المدين قد توافر في حقه الخطأ العقدي، وبمعنى آخر عليه أن يثبت أن المدين لم يبذل في تنفيذه لالتزامه العناية التي يبذلها في مباشرة عمله الخاص.

وتبدو أهمية التفرقة بين ما إذا كان الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة أو التزام ببذل عناية في مجال الإثبات وسهولته في الحالة الأولى بالمقابل لصعوبة إثباته في الحالة الثانية التي يتعين على الدائن فيها إثبات أن الوسائل التي كانت متاحة لتنفيذ التزامه لم تكن كافية أو كانت معيبة لا تحقق الغرض المقصود منها.

ولا يجب أن نغفل، أيا ما كان تكييف الالتزام، الدور الذي تلعبه إرادة المتعاقدين في تحديد طبيعة الالتزام المتقابل فيمكن الاتفاق على تشديد الالتزام ليصبح التزام بتحقيق نتيجة بدلاً من الالتزام ببذل عناية والعكس صحيح([2]) كل ذلك مع الأخذ في الاعتبار بما تفرضه التشريعات والأحكام القضائية الحديثة من ضرورة مراعاة طبيعة كل طرف بحسب ما إذا كان محترفاً في مجال تخصصه أو مجرد مستهلك

([1]) Cass. civ. 1er ch., 2 février 1994, JCP,1994, éd. E, p.579, note PHILIPPE DELEBECQUE.

يجب الإشارة إلى أن ذلك يعد تأكيد لما نص عليه المشرع فى كل من مصر وفرنسا. فنجد المادة ٢١٥ من القانون المدنى المصرى تنص على أنه «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه». ويقابل ذات الصياغة نص المادة ١١٤٧ من القانون المدنى الفرنسى.

([2])د. نبيلة إسماعيل رسلان: المسئولية فى مجال المعلوماتية والشبكات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، فقرة ١٣، ص ١٩.

عادي وذلك تمشياً مع مبدأ حماية المستهلك عندما يكون شخص عادي ويدخل في علاقة عقدية غير متكافئة، من الناحية العملية، مع شخص محترف ولديه من الإمكانيات والخبرات ما لا يتوافر للطرف الآخر.

ويؤكد من التوجه السابق، وجود العديد من الأحكام القضائية التي اعتبرت الاتفاق على تعديل التزام الأشخاص المحترفين من التزام بتحقيق نتيجة إلى مجرد التزام ببذل عناية بمثابة شرط تعسفي واعتباره هو والعدم سواء وكأنه لم يدرج في العقد ولا يعد ذلك إخلالاً بمبدأ سلطان الإرادة وما يترتب عليه من قدرة تحديد طبيعة الالتزامات التعاقدية وآثارها وكل ما في الأمر هو أن القضاء وبعض التشريعات قد أخذوا في اعتبارهم عدم التكافؤ الفعلي في المراكز التعاقدية والتي كانت الدافع وراء إقرار تلك الأحكام.

تحديد طبيعة الالتزامات ذات الصلة بعقود المعلوماتية:

طبقاً لأحد أحكام محكمة النقض الفرنسية، فإن الالتزام الملقى على عاتق المتعاقد بإعلام الطرف الآخر بأحكام العقد ونصيحته هو التزام ببذل عناية[1] obligation de moyens، وبالنسبة لتحديد طبيعة الالتزام بضمان العيوب الخفية بوجه عام، وفي مجال المعلوماتية بوجه خاص، نجد المشرع الفرنسي قد اعتبر هذا الالتزام التزام بتحقيق نتيجة obligation de Résultat. وترتيباً على ذلك التكييف فإن البائع الملتزم بذلك الضمان لا يستطيع دفع مسئوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا دخل لإرادته فيه وفيما عدا ذلك لا علاقة لحسن أو سوء نيته في اعتباره مسئول وإن كان لذلك أثر في تحديد التعويض المستحق للمشترى.

---

(1) Cass. com., 4 mars1989, Bull. civ, IV, n° 89, p.58.

حيث جاء في الحكم أن:

- L'obligation d'information et de conseil sont considérés comme une obligation de moyens".

ومـا يجـب أن نـشير إليـه هـو تحديـد طبيعـة الالتـزام بالمطابقـــة (l'obligation de conformité) في مجـال المعلومـاتيـة والـشبكـات فيـذهـب رأي إلى أنـه عنـدما يتعلـق الالتـزام بالمطابقـة بـشيء مـادي ملمـوس فإنـه يكون التزاماً بتحقيق نتيجة ، ولا يتعارض ذلك- حسب ذلك الرأي- مع اعتبار ذلك الالتزام التزاماً ببذل عناية بالنسبة لموردي برامج المعلوماتية([1]).

وتبريـر ذلـك الأمـر هـو ضـرورة حمايـة بـرامج المعلوماتيـة مـن خـلال الملكيـة الفكريـة والـتي تحتـاج إلى ضـوابط خاصـة لأعمالهـا في هـذا المجـال، فمـثلاً قـد لا يكـون هنـاك مجـال لالتـزام البـائع بـضمان العيـوب الخفيـة في مجـال الملكيـة الفكـريـة، وإن كـان مـن الممكـن تطبيقـه في مجـال بـرامج المعلومـاتيـة. خلاصـة الأمـر أن الالتـزام بالمطابقـة في مجـال المعلوماتية هو التـزام بتحقيـق نتيجـة بـصرف النظـر عـن محـل العقـد سـواء كان مادي أو معنوي([2]).

المطلب الثاني

خصوصية الضرر في مجال برامج المعلوماتية

إعمـالاً للقواعـد العامـة في مجـال المـسئولية المدنيـة – علـى اختـلاف أنواعها- فلا يكـون هنـاك أي مجـال للرجـوع علـى المسئول إلا إذا ترتـب على فعله ضرراً أصاب الغير. وذلـك يعـد ترديـد لما ينص عليـه المشرع مـن خلال المادة ١٦٣ من القانون المدني القاضية بأنه " كل خطأ سبب ضـرراً للغـير يلـزم مـن ارتكبـه بـالتعويض"([3]). ويكـون المـسئول في هـذه الحالـة

([1])M. DOYEN: Les contrats de fourniture de logiciel, Mem. D.E.A., Nantes 1986, p.19 et s.

([2])Ch. CHOLKAMI: La responsabilité liée aux contrats relalifs aux logiciels informatiques, étude de droits français et de droit égyptien, thèse, Paris I (panthéon-sorbonne), 2002, n° 450, p.244. .

([3]) يقابل هذا النص المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أن: ==

ملزماً بتعويض المضرور عما أصابه من أضرار مادية ومعنوية. وفي مجال برامج الحاسب الآلي فإن البعض يرى أن وجود عيوب في البرامج المتعاقد عليها يلحق بالمتعاقد أضراراً مادية وأضرار معنوية تستوجب التعويض. تتمثل الأضرار المادية في خسارة الشركة للعديد من عملائها والعقود المبرمة معهم وتمثل الإساءة إلى سمعة الشركة المعنية الأضرار المعنوية([1]).

والسؤال الذي يطرح نفسه يتعلق بمدى توافر العناصر المستقر عليها في الضرر حتى يمكن أن يعوض عنه وما إذا كانت تختلف في ضوء القواعد العامة أمام خصوصية مجال المعلوماتية والشبكات وبرامج الحاسب الآلي.

بالنسبة للعناصر الموضوعية التي يجب توافرها في الضرر حتى يمكن التعويض عنه، فيجب أن يكون ذلك الضرر مباشراً أي نتيجة مباشرة للخطأ العقدي الذي تم ارتكابه من جانب المسئول، فضلاً عن كونه ضرراً محققاً أي وقع بالفعل تمشياً مع القواعد المستقر عليها بشأن عدم قابلية الأضرار المحتملة للتعويض عنها انطلاقاً من أنها قد تتحقق أولا تتحقق في المستقبل.

وما يميز المسئولية العقدية عن المسئولية التقصيرية هو أن الضرر الذي يعوض عنه وفقاً لأحكام النوع الأول من المسئولية هو الضرر المتوقع وقت إبرام العقد، أما الأضرار غير المتوقعة فلا مجال للتعويض عنها في المسئولية العقدية إلا إذا أثبت المضرور وجود غش أو خطأ جسيم من

="Tout fait quelconque de l'homme,qui cause á l'autrui un dommage,oblige celui par la faute duquel il est arrivé, á le réparer".

([1])F. PROAL: La responsabilité du fournisseur d'information en réseau,thèse,Aix Marseille,1997,n°451,p.219.

حيث قال :

"cértains dés organisations de l'activité professionnelle peuvent atteindre une ampleur suffisante pour porter atteinte á la réputation de l'entreprise, préjudice moral,et lui faire perdre une partie de sa clientèle,préjudice material".

جانب المتعاقد معه، أما المسئولية التقصيرية فإن التعويض يشمل كافة الأضرار التي تلحق بالغير سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة([1]).

أما بالنسبة للعناصر الشخصية للضرر فيجب أن يكون الضرر شخصي ومشروع والمقصود بكون الضرر شخصي أن يكون الضرر قد لحق بالشخص نفسه بما يجعل له صفة ومصلحة في رفع دعوى التعويض في مواجهة المسئول. يضاف لذلك ضرورة أن يكون الضرر مشروع والمقصود بالمشروعية في هذا الصدد هو أن تكون المصلحة التي لحق بها الضرر مصلحة مشروعة حتى تكون جديرة بالحماية القانونية إذ أن القانون لا يحمي المصالح غير المشروعة التي تتعارض مع النظام العام والآداب العامة.

وتطبيقاً لما سبق، في مجال المعلوماتية، يعد من قبيل الأضرار المتوقعة النفقات التي يقوم مستورد برامج الحاسب الآلي بإنفاقها في سبيل البحث عن مورد آخر عند إخلال المورد الأساسي بالتزاماته سواء بعدم توريد البرامج المتفق عليها أو بتوريدها فاسدة ومعيبة لا تحقق الغرض المقصود منها بما يضر بالمستورد أضراراً بالغة سواء كانت مادية أو معنوية([2]).

([1]) يُعد ذلك تطبيق لنص المادة (٢٢١) من القانون المدني والتي تنص على أنه:

«١ – إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول».

([2])H. BITAN: Contrats et litiges en informatique,la délivrance du logiciel, éd. PUAM Presses universitaires d'Aix- Marseille, 1996 n°375, p. 319 et s.

المطلب الثالث

توافر علاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر

حتى يستطيع القاضي أن يحكم لصالح المضرور بالتعويض، فيتعين على ذلك المضرور أن يثبت توافر علاقة السببية بين خطأ المسئول التعاقدي وبين ما أصابه من ضرر، فإن لم يستطع ذلك أو نجح المتعاقد الآخر في نفي علاقة السببية بين فعله وبين ما أصاب المضرور فلن يكون لدعوى المسئولية أساس يمكن القاضي من الحكم بالتعويض، ويستطيع المسئول دفع المطالبة بإثباته أن ما أصاب المضرور كان بسبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو أن ما أصابه كان بخطأه هو شخصياً أو بسبب وجود خطأ من الغير وكل ذلك متروك في النهاية لقاضي الموضوع ليقدر ما يتراءى له في ضوء واقعات التداعي وما يقدمه كل طرف من مستندات تؤيد وجهة نظره.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال يتعلق بأي من نظريات السببية يعتد القضاء في مجال المعلوماتية وبرامج الحاسب الآلي وذلك في ضوء تعدد النظريات التي طرحت في مجال علاقة السببية.

وفى استعراض لنظريات السببية نلاحظ أن الفقه قد حدد نظريتين أساسيتين: الأولى هى نظرية تكافؤ الأسباب، والثانية هى نظرية السبب المنتج. ونعرض بشكل موجز لكل منهما.

نظرية تكافؤ الأسباب Equivalence des conditions:

وفقاً لهذه النظرية يتعين الاعتداد بكل سبب تدخل فى إحداث الضرر بحيث لولا تدخله ما حدث الضرر، مع الأخذ فى الاعتبار بأن تلك الأسباب كلها متكافئة فى إحداث الضرر. وترتيباً على ذلك يلتزم كل من شارك بأداء تعويض جزئى عما وقع من أضرار(1). وتفسير تلك

---

(1) د. أحمد شوقى محمد عبد الرحمن: البحوث القانونية فى مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، دراسة فقهية وقضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص٢٦٨.

النظرية هو أن تعادل الأسباب يرجع إلى أن كل واحد منهم يعتبر سبب فى إحداثه وذلك استناداً إلى أن كل سبب يعطى للسبب الآخر القدرة السببية بحيث بدونه لما وقع الضرر([1]).

وتطبيقاً لنظرية تعادل الأسباب فى مجال المعلوماتية، يذهب البعض إلى أن هذه النظرية يترتب عليها تطبيق غير عادل فى برامج الحاسب الآلى؛ فوفقاً للنظرية يكون كل من ساهم بدور فى تصنيع وإنتاج البرنامج مسئولاً شأنه شأن الباقين، وبناء على ذلك يمكن أن يسأل مصنع العلب التى يوضع فيها البرنامج مثل من قام بدور رئيسى فى إنتاج وتصنيع البرنامج ذاته. ويضيف صاحب هذا التفسير أن تلك النظرية تمثل ميزة وضمانة بالنسبة للمضرور ذلك أنه سوف يوجه مطالبته إلى جميع المسئولين. وبالمقابل لذلك فإن ذات النظرية تعتبر غير عادلة بالنظر إلى كافة المشتركين فى صنع وإنتاج البرامج فقد لا يكون لأحدهم دور فى إحداث الضرر وعلى الرغم من ذلك تتم مطالبته بتعويضات وقد يترتب على تلك المطالبة آثار سلبية بالنسبة إليه وعلى وجه الخصوص عندما يكون شركة كبرى ذات اسم وسمعة تجارية عالمية فى مجال المعلوماتية والشبكات([2]).

نظرية السبب المنتج :

تقوم هذه النظرية على سند من القول بأنه من غير المقبول أن تكون كل العوامل التى أدت إلى وقوع الضرر على قدم المساواة، فلا يجب الاعتداد سوى بالسبب الملائم أو المنتج والذى يؤدى عادة إلى إحداث ذلك الضرر. أما الأسباب العارضة والتى تخرج عن ذلك المفهوم والتى

([1])د. فتحى عبد الرحيم عبد الله: شرح النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١، فقرة ٥٣، ص ٤٨٣.

([2])Pierre – Paul LEMYRE: Logiciels libers sous l'angle de la responsabilité civile, D.E.A., Université de Montréal, novembre 2002, n° 151, p. 59 et s.

اقتصر دورها على المساهمة بصفة عارضة فقط فى إحداث الضرر فلا تعد أسباباً بالمعنى السابق. وبناء على ذلك إذا تعددت الأسباب ما بين عارض ومنتج فإن السبب المألوف الذى يحدث الضرر عادة أما السبب العارض فمن غير المألوف هو أن يقع منه الضرر عادة ولكنه يحدث عرضاً بما يبرر استبعاده والاكتفاء بالنوع الأول فقط فى تحديد المسئول ورجوع المضرور عليه([1]).

ونحن من جانبنا نتفق مع ما ذهب إليه غالبية الفقه المصرى واستقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية من تفضيل نظرية السبب المنتج حيث قضى بأنه «يجب عند تحديد المسئولية الوقوف عند السبب المنتج فى إحداث الضرر دون السبب العارض»([2]). ويضيف بعض الفقه الفرنسى أن نظرية السبب المنتج أفرزت قرينة بسيطة مفادها أنه فى الغالب الأعم من الحالات سيكون السبب المنتج أو السبب الملائم لإحداث الضرر هو السبب الأخير عند تعدد الأسباب المساهمة فى إحداث الضرر([3]). وقد وجه نقد إلى هذه النظرية انطلاقاً من أنها يمكن أن تؤدى إلى نتائج غير منطقية فى بعض الأحوال وذلك عندما يكون السبب الأكثر ملاءمة لإحداث الضرر سبب بعيد بشكل واضح عن منظومة الأسباب المباشرة([4]).

([1])د. فتحى عبد الرحيم عبد الله: شرح النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، فقرة ٥٤، ص ٤٨٣ وما بعدها.

([2])نقض مدنى، جلسة ١٩٦٧/١٠/٢٦، مجموعة أحكام النقض، س ١٨، رقم ٢٣٦، ص ١٥٦٠ وما بعدها.

([3])Philippe CONTE et Patrick MAISTRE DU CHAMBON: La responsabilité délictuelle, P.U.G. (presses Universitaires de Grenoble), Grenoble 2000, n° 150, p. 134.

([4])Patrice JOURDAIN: Les principes de la responsabilité civile, 2e éd., Dalloz, paris, 2000, p. 68 et s.

وفى مجال المعلوماتية وخاصة برامج الحاسب الآلى يتجه رأى إلى أن نظرية السبب المنتج قد تكون غير عادلة بالنظر إلى ما يصدر عن المضرور من سلوك، فمما لا شك فيه أن أى تصرف قد يصدر من مستغل البرنامج قد يكون له دور فى إحداث الضرر وإذا كان هو آخر تصرف فقد تكون آثاره مجحفة إذ أنه سيكون هو السبب المنتج، حسب تفسير البعض، وبالتالى لن يستطيع الرجوع على أى من المساهمين فى تصنيع وتداول البرنامج وهذا فى حد ذاته أمر لا يمكن قبوله خاصة إذا نظرنا إلى مستخدم البرنامج عندما يكون مجرد مستهلك عادى لا تتوافر لديه أية خبرات فنيه متميزة فى هذا المجال(١).

والواقع يثبت لنا صعوبة إثبات علاقة السببية في مجال البحث ففي بعض الحالات يعتد القضاء بنظرية السبب الملائم وفي أحيان أخرى يأخذ بنظرية تكافؤ الأسباب. وتطبيقاً للنظرية الأولى يكون مورد الخدمة المعلوماتية مسئولاً إذا كان إخلاله بالالتزام العقدي المفروض عليه يؤدي بشكل ملائم لإصابة المتعاقد الآخر بالضرر المستوجب التعويض.

والمستقر لدى القضاء المصري منذ زمن طويل أن تقدير توافر رابطة السببية من عدمه من إطلاقات قاضي الموضوع ولا يخضع لرقابة محكمة النقض.

وفى مجال المعلوماتية وبرامج الحاسب الآلى يرى البعض أن تعدد المسئولين لا يثير مشاكل جسيمة من الناحية العملية ذلك أن تحديد نسبة كل منهم يحكمها العقد المبرم بينه وبين من يليه. وفى حالة عدم وجود مثل هذه الشروط المنظمة والمحددة لمسئولية كل طرف فيمكن تبنى

(1)Pierre – Paul LEMYRE: Logiciels libers sous l'angle de la responsabilité civile, préc., n° 152, p. 60.

قرينة التضامن فيما بينهم مع الأخذ فى الاعتبار بحق الموفى فى الرجوع على الباقين كل بقدر نصيبه([1]).

وإذا كانت القاعدة العامة أن عبء إثبات توافر رابطة السببية يقع على عاتق المضرور باعتباره مدعياً إذ عليه إثبات أن ما أصابه من أضرار ترجع للأفعال المنسوبة إلى جميع المساهمين فى تصنيع برامج الحاسب الآلى، يرى بعض الفقه انطلاقاً من التيسير على المضرور وحماية له عندما يكون مجرد مستهلك عادى أنه لا يفضل أن يدخل نسبة ما ارتكب من أفعال فى تقدير قيمة المستحق من تعويض شريطة ألا يكون هناك خطأ عمدى أو جسيم ارتكب من جانبه. وبناء عليه إذا أثبت المضرور وجود فيروس معلوماتى بالبرنامج فلا يجوز إثقال كاهله بأكثر من ذلك وينتقل عبء الإثبات فى هذه الحالة إلى باقى الأطراف ليدفع كل منهم مسئوليته بإثباته عدم توافر رابطة السببية([2]).

وترتيباً على كل ما سبق يستطيع المسئول نفي علاقة السببية في الحالات التالية:

أولاً - القوة القاهرة La force majeure

ثانياً - خطأ المضرور La faute de la victime

ثالثاً - فعل الغير La fait d`un tiers

ويُعد التعداد السابق تأكيد لما ينص عليه المشرع المصري من خلال نص المادة ١٦٥ من القانون المدنى والتي تقضي بأنه :

«إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من

([1])Bernard ZANHND: Pluralité de responsable et solidarité, Lausanne, 1980, p. 23 et s.

([2])J.L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS: La responsabilité civile, 5e éd, éd. Yvan BLAIS, 1998, n° 561, p. 366 et s.

الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك».

أولاً- القوة القاهرة :

لكي نستطيع القول بوجود القوة القاهرة فيجب توافر سمات معينة تتمثل في عدم التوقع، عدم إمكانية دفعها، وأن تكون خارجية أي بسبب خارج عن إرادة الإنسان ولا دخل لإرادته في حدوثها أي أن تكون للطبيعة وعناصرها دور فاعل في تحققها. ومن أمثلة ذلك في مجال المعلوماتية توقف أجهزة الحاسب الآلي والبرامج الموجودة عليها أو خللها أو تدميرها نتيجة زلزال أو نشوب حرب عسكرية أو قيام العدو بإطلاق فيروسات مدمرة لأجهزة الحاسب الموجودة بالدولة من أجل شل حركة الاتصال داخل الدولة وخارجها فمثل هذه الحالات قد تؤدي إلى توافر الاستحالة في جانب المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية سواء بتوريد برامج الحاسب المتفق عليها أو بقاءها صالحة لتأدية الأغراض التي تستخدم فيها[1].

ويتجه البعض إلى القول بأنه لا يتعين في كافة حالات القوة القاهرة أن تنشأ استحالة مطلقة لتنفيذ المتعاقد لكافة التزاماته، وإنما يكتفي فقط بكونها تؤدي إلى وجود استحالة في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته خلال المدة المتفق عليها وإن كان من الممكن أن ينفذها في تاريخ لاحق أو في ذات التاريخ ولكن يتحمل مقابل تنفيذها نفقات باهظة لا قبل له بها. وهذه الاستحالة تقدر بقدرها وتختلف بحسب الأحوال، ففي مجال المعلوماتية إذا وجد حظر عام تفرضه الحكومة على كافة منتجي برامج الحاسب الآلي لأي سبب من الأسباب، فإن ذلك يمكن أن يشكل قوة قاهرة تتحقق ضوابطها، وبالمقابل لذلك إذا كان عدم

([1])د. محمد حسين منصور : المسئولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٢٥.

إمكانية منتجي وموردي هذه البرامج لتنفيذ التزاماتهم إنما يرجع إلى إضراب داخلي من عمال الشركة المنتجة أو الموردة ذاتها فلا يمكن اعتبار ذلك قوة قاهرة بكل ما يترتب على ذلك من آثار.

ويعترض البعض على الفكرة السابقة ويرى أن القوة القاهرة مرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة عن استحالة التنفيذ استحالة مطلقة ويربط ذلك بأن من عناصر القوة القاهرة عدم إمكانية دفعها وهذا هو المعيار المنضبط للاستحالة المطلقة بجانب ضرورة أن تكون هذه القوة غير متوقعة وقت إبرام العقد([1]).

ومن الأمثلة الأكثر شيوعاً للقوة القاهرة حالة الحرب، وفي مجال المعلوماتية يرى البعض أن الحرب بالمفهوم الاقتصادي في مجال المعلوماتية يمكن أن تتحقق بها حالة القوة القاهرة ومثال ذلك أن تقوم دولة بإرسال فيروسات تخترق النظم المعلوماتية لدولة أخرى، وفي هذه الحالة يمكن أن تكون هناك صعوبات متنوعة بالنسبة لمنتجي برامج الحاسب الآلي وعندما يقوم منتج البرامج ببيع وتسويق منتجاته فيمكن أن يلحق ذلك أضراراً بالغير وعندما يقوم هذا الأخير بالمطالبة بتعويض عما أصابه من أضرار فيستطيع المنتج أن يدفع مسئوليته بانقطاع رابطة السببية بسبب القوة القاهرة([2]).

فضلاً عن ذلك فقد طرح أحد الفقهاء سؤالاً مفاده هل يمكن اعتبار الانتقال من عام ١٩٩٩ إلى عام ٢٠٠٠ – إذا ترتب عليه أضرار – بمثابة قوة قاهرة يستفيد منها المسئول فى دفع مسئوليته. والإجابة على هذا السؤال تنطلق من نقطة هامة تتمثل فى الرجوع إلى العناصر المميزة

([1])F-PROAL: La responsabilité du fournisseur d'information en réseau, th. préc., n° 533, p. 261.

([2])د. عزة محمود أحمد خليل: مشكلات المسئولية المدنية فى مواجهة فيروس الحاسب، دراسة فى القانون المدنى والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٤، ص ٢٥١.

للقوة القاهرة ومدى انطباقها على الحالة محل التساؤل، فالقوة القاهرة تتسم بعدم إمكانية توقعها فضلاً عن عدم إمكانية دفعها. وبناء على ما سبق، يذهب صاحب السؤال إلى أن هناك شبه إجماع من جانب الفنيين المعنيين بالأمر بأن تصحيح أجهزة الحاسب الآلي لاستقبال الألفية الجديدة هو دائماً أمر ممكن ولكن الصعوبة تتأتى فقط في أن هذه العملية مكلفة من الناحية المادية. والأكثر من ذلك أن توقع حدوث أضرار – بالنسبة للأجهزة القديمة – هو أمر يمكن توقيه حيث إنه أمر متوقع من وجهة نظرهم. وبناء على كل ما سبق ينتهي الرأي إلى أنه لا يمكن اعتبار الانتقال للألفية الثانية بمثابة قوة قاهرة بكل ما يترتب على ذلك من آثار([1]).

ويتجه البعض إلى أن فكرة القوة القاهرة واعتبارها سبب لانقطاع رابطة السببية بين الفعل الضار وما يلحق الغير من أضرار لا يتعلق بالنظام العام وليست لها طبيعة آمرة وبناء عليه يستطيع الأطراف المعنية بالعقد تحديد نطاق القوة القاهرة من خلال القانون بحيث يمكنهم تحديد ما يعد قوة قاهرة وما لا يدخل في نطاقها([2]).

ثانياً – خطأ المضرور:

المستقر عليه أن خطأ المضرور قد يكون له دور مؤثر في تحديد قدر المسئولية الذي قد يتحمله المسئول عن الضرر، فقد يكون خطأ المضرور سبب في إعفاء المسئول إعفاءاً كلياً أو جزئياً من مسئوليته بحسب مقدار وطبيعة الخطأ الذي ينسب إلى المضرور. وفي مجال بحثنا المتعلق بالمعلوماتية فقد قضت محكمة استئناف باريس أن المضرور قد ساهم بخطئه، مع خطأ المسئول (مورد برامج الحاسب الآلي) وذلك حيث إنه قد قصر في ملئ البيانات الخاصة بالنموذج الذي منحه إياه المسئول

([1])Etienne BERY: Le bogue de l'an 2000 sous la loupe des contrats informatiques, L'ASBL, Droit Nouvelles Technologies, Bruxelles, 26 septembre 1999, p. 38.
([2])H. BITAN: Contrat et litiges en informatique, op. cit., p. 325.

فلم يوضح على وجه الدقة ما هي احتياجاته الفنية التي تناسب نظام شبكة البرنامج الخاص بأجهزة الحاسب الخاصة به، وإذ أخذ حكم محكمة الدرجة الأولى بذلك كسبب لإصدار الحكم المطعون فيه فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون مستوجباً تأييده([1]).

كما قضت ذات المحكمة بأن المضرور قد ساهم بخطئه مع المسئول حيث إن استعجاله وعدم صبره في الحصول على برنامج الحاسب الآلي الذي كان يريده أدى إلى قيام صاحب المنشأة بإعطاء برنامج غير مطابق لاحتياجات المضرور بما يجعل أخذ ذلك بعين الاعتبار من جانب المحكمة التي أصدرت الحكم المستأنف هو تطبيق لصحيح القانون([2]).

ثالثاً – خطأ الغير :

إذا كان خطأ المضرور يمكن أن يساهم بنسبة ما في مسئولية المسئول، فإن خطأ الغير - وخاصة في مجال المعلوماتية وبرامج الحاسب الآلي - يكون له دور أكبر تأثيرا وذلك إذا أخذنا في اعتبارنا تعدد وتنوع العمليات التي تتم في هذا المجال بما يستتبع تعدد الأشخاص الذين قد يشترك خطأ أي منهم مع خطأ المسئول المباشر لتحديد مقدار مسئولية كل منهم. وترتيباً على ما سبق، إذا كان هناك أكثر من مورد يشترك في أداء ذات الخدمة المعلوماتية، فحماية المضرور تقتضي تطبيق مبدأ المسئولية التضامنية فيما بينهم خاصة عندما يكون المتعامل معهم مجرد مستهلك عادي لا تتوافر لديه الإمكانيات المادية والفنية للحكم على موضوع التعامل بشكل تام، وفي هذه الحالة يستطيع المضرور – طبقاً للقواعد العامة – مطالبة أياً منهم بكامل التعويض المستحق له ولا يستطيع المسئول دفع هذه المطالبة بأن هناك مسئولين آخرين ساهموا معه

([1])C.A. Paris, 26 janvier 1982,expertises systèmes d'informations (EXP), 1982, p.79 et s.

([2])C.A. Paris, 19 janvier1989, EXP., 1989, p. 274.

في الأضرار المطالب بتعويضها بما يترتب عليه من تقليل مبلغ المطالبة في مواجهته.

وعلى الرغم من ذلك، فإذا نجح الشخص في إثبات أن الأضرار التى وقعت لم يكن له أي دور في تحقيقها وإنما تحققت كلية بخطأ الغير أو بسبب أجنبي لا دخل لإرادته فيه فيحق له في هاتين الحالتين فقط دفع المطالبة.

المبحث الثاني
دور الشروط الاتفاقية المعدلة للمسئولية العقدية في مجال المعلوماتية

إنطلاقاً من مبدأ سلطان الإرادة، وقدرة الإرادة على تحديد آثار ونطاق العقد يستطيع الأفراد أن يدرجوا بعقودهم ما يشاءون من شروط في ضوء المبدأ العام القاضي بعدم خروج الإرادة في تنظيمها لأي عقد من العقود عن قاعدة عدم تعارض بنود العقد مع النظام العام والآداب العامة([1]). وما يجب الإشارة إليه أن مثل هذه الشروط يقتصر نطاقها على أحكام المسئولية العقدية فقط ولا يمكن إثارتها فى مجال المسئولية التقصيرية وذلك لتعلق هذه الأخيرة بالنظام العام([2]).

وفي مجال المسئولية العقدية، خاصة في مجال المعلوماتية والشبكات وبرامج الحاسب الآلي، يكون من المفيد بيان التصور والتحليل القانوني لكافة أشكال الشروط الاتفاقية التي قد يكون لها

([1])Laurent AYNES: Droit français, in, les clauses limitatives ou exonératioires de responsabilité en Europe, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990 sous la direction de Jacques GHESTIN, L.G.D.J., 1990, p. 9.

([2])Sabine LIPOVETSKY: Les clauses limitativres de responsabilité et de garantie dans les contrats informatiques, approche comparative \France Etats Unis, quelles limitations?, Expertises, mai 2000, p.1.

دور في تعديل قواعد المسئولية العقدية بما يظهر صعوبتها وخصوصيتها في مجال بحثنا هذا.

وفي ضوء ما سبق، يكون لزاماً علينا معالجة الفئة الأولى من تلك الشروط الاتفاقية وهي الشروط المتعلقة بالالتزام مصدر المسئولية (المطلب الأول)، ثم بعد ذلك يأتي بحث الشرط الذي يمكن أن يدرج بالعقد ويتعلق بعدم مسئولية أحد المتعاقدين وضرورة معالجة مدى اعتبار مثل هذا الشرط شرطاً تعسفياً (المطلب الثاني). وإذا كان الحديث يمكن أن يثار بشأن شروط عدم المسئولية من حيث المبدأ - بصرف النظر عن مدى الاعتداد به من عدمه - فإن السؤال الذي يطرح نفسه يتعلق بشرط تحديد المسئولية ومدى وجوده في مجال البحث (المطلب الثالث).

المطلب الأول
الشروط المتعلقة بحدود الالتزام مصدر المسئولية

الالتزام بوجه عام إما أن يكون التزاماً ببذل عناية أو التزام بتحقيق نتيجة وعندما نكون بصدد النوع الأول منهما يمكن أن تلعب إرادة المتعاقدين دوراً في غاية الأهمية من الناحية العملية بحيث يتم الاتفاق على جعل التزام المدين التزام بتحقيق نتيجة بدلاً من التزامه ببذل العناية التي يتطلبها القانون في مثل تعاقده بكل ما يترتب على ذلك من آثار سواء فيما يتعلق بقواعد الإثبات أو بالمسئولية الناشئة عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخيره في تنفيذه([1]). وبالمقابل لذلك فقد نكون بصدد الفرض العكسي عندما يتم الاتفاق بين الدائن ومدينه على أن يكون التزام المدين هو مجرد التزام ببذل عناية في جميع الأحوال أي قبول الدائن تخفيف الالتزام الملقى على عاتق المدين. وقد يتحقق ذلك التخفيف من

([1])C. LARROUMET: Droit civil, T.3, les obligations " le contrat, éd. Economica, 1998, n°633, p.652 et s.

خلال اتفاق الدائن مع المدين في العقد على إعفاء المدين من بعض الالتزامات الملقاة على عاتقه. وفي هذا الفرض الأخير يرى البعض أن تنازل الدائن عن بعض حقوقه من خلال إعفاء المدين من بعض التزاماته لا يمكن أن يكون مجاني أي بدون أي مقابل يحصل عليه تحقيقاً للعدالة([1]).

وحسب تعبير الأستاذ الفرنسي الكبير PHILIPPE DELEBECQUE فإنه من خلال هذه الشروط يستطيع المدين أن يهدم أركان توافر المسئولية وبمعنى آخر فإن وجود مثل هذه الطائفة من الشروط وقبول الدائن بإرادته لها تمنع المسئولية المدنية من أن تولد([2]). وبوجه عام يستطيع الأطراف إدراج الشروط التي يتفقون عليها وتتعلق بطبيعة وحدود التزامات كلا منهما بشرط ألا يخرج ذلك بالعقد عن محتواه الفعلي الذي رسمه القانون. وفي بعض الأحيان قد تكون الشروط مجرد ترديد للقواعد العامة المستقر عليها، فعلى سبيل المثال عندما يوضع شرط من جانب أحد المتعاقدين يكون مضمونه عدم تنفيذه لما يفرض عليه من التزام في حالة القوة القاهرة فهذا الشرط يمكن اعتباره وفقاً لرأي البعض من الشروط المحددة للالتزامات في هذه الحالة([3]). ونحن من جانبنا نرى أن مثل هذا الشرط لا يعد له تأثير خاص من الناحية العملية فالأثر المنصوص عليه في كافة التشريعات أن توافر حالة القوة القاهرة يعتد بها وتعد مبرراً لعدم تنفيذ المدين لالتزامه دون أن يتحمل مسئولية ذلك ما لم يكن هناك نص خاص بقبوله المسئولية في حالة

([1])M. FONTAINE: Observations sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, Actes du colloque des 13et 14 décember1990 sous la direction de Jacque GHESTIN, éd. L.G.D.J., 1990, p. 280 et s.

([2])PHILIPPE DELEBECQUE: Régime de la réparation, Modalités de la réparation, Régles particuliers á la Responsabilité contractuelle,Conventions relatives à la responsabilité, jcl, 1998, Fasc. 210, n°7.

([3])PHILIPPE DELEBECQUE: Régime de la reparation, art. préc., n°23.

توافر القوة القاهرة والذي يعد محل خلاف لدى الفقه بالنسبة لقبول وضع مثل هذا الشرط والاعتداد بما يرتبه من آثار عملية.

ومثل هذا الخلاف تم حسمه من جانب المشرع المصري من خلال المادة ٢١٧ من القانون المدني والتي تنص على أنه :

١ - يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين نتيجة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة.

٢ - وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

٣ - ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع ".

ومُفاد النص السابق أنه يجوز الاتفاق على فرضين أحدهما يشدد من المسئولية والآخر يخفف أو يعفى منها وذلك محاولة من المشرع لوضع نوع من التساوي العادل في المراكز القانونية فكما يمكن قبول الاتفاق على الإبقاء على مسئولية المدين حتى في حالات القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، يمكن قبول الاتفاق على إعفاء هذا المدين من أية مسئولية عقدية قد تنشأ عن عدم تنفيذه لالتزامه ما لم يرتكب غشاً أو خطئاً جسيماً إعمالاً للمبدأ العام القاضي بضرورة توافر حسن النية لدى جميع الأطراف المعنية بالعقد.

وإذا كان الوضع السابق يحقق حرية المتعاقدين ويؤدي إلى تحقيق تعادل في المراكز القانونية إلا أن هذا التفسير لا يمكن قبوله بشكل عام ومطلق وإنما هناك قيد هام جداً يتعلق بالالتزامات الرئيسية لكل عقد والتي لا يجوز الاتفاق على إعفاء أي من الطرفين منها. ويرى أحد

الفقهاء الفرنسيين أنه حتى يتلافى أي تفسير شاذ وحتى لا نصادر على مبدأ سلطان الإرادة يمكن عدم اعتبار تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه الرئيسي في العقد بمثابة خطأ جسيم لا يسري الشرط المشدد أو المخفف للمسئولية عند توافره([1]).

وفي مجال المعلوماتية وبوجه خاص في حالة الملكية الفكرية يجب الإشارة إلى أن المشرع في غالبية دول العالم قد وضع قواعد خاصة تهدف إلى حماية المؤلف في عقد النشر، وقد استقر الفقه والقضاء في تكييف تلك الطائفة من الشروط بأنها تدخل ضمن فكرة النظام العام بما يجعل الاتفاق على خلافها باطلاً ولا يمكن دخوله تحت الإطار الخاص بحرية الإرادة على تحديد نطاق العقود وآثاره أي أن الحرية التعاقدية في مجال حماية حقوق المؤلف، وكذلك وفقاً للاتجاه الحديث الحقوق المجاورة، تعتبر حرية مقيدة لحماية صاحب الحق. ونحن نتفق مع هذا الاتجاه خاصة إذا أخذنا في اعتبارنا أن المؤلف أو صاحب الحق المجاور هو مجرد شخص عادي يتعاقد مع ناشرين متخصصين لديهم من الخبرات والإمكانات ما لا يتوافر بالنسبة إليه في هذا المجال.

وإذا كان ما سبق، واتفق الفقه والقضاء على إمكانية الاتفاق على جعل الالتزام ببذل عناية التزاماً بتحقيق نتيجة، إلا أن الفقه يذهب إلى أنه لا يجوز للأفراد الاتفاق في العقد على جعل الالتزام الملقى على عاتق المدين إذا كان التزاماً بتحقيق نتيجة بنص القانون التزاماً ببذل عناية خاصة عندما يكون الملتزم شخص متخصص في مجاله وأساس هذا الرفض هو اعتبار مثل ذلك الشرط عند وجوده شرط تعسفي لا يعتد به ويكون وكأنه غير مكتوب دون أن يمتد البطلان ليشمل العقد

([1])PHILIPPE DELEBECQUE: Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat, petites Affiches, 15 mai 2000, p. 25.

بأكمله([1]). ويعد ذلك الاتجاه تطبيق لما نص عليه المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك حين قضى بأن الشرط يعد تعسفياً عندما يكون موضوعه متعلق بعدم أحقية المستهلك العادي في التعويض أو تقليل ذلك التعويض بسبب عدم وفاء المتعاقد الآخر المتخصص في تنفيذه لالتزاماته([2]).

المطلب الثاني
شرط عدم المسئولية ومدى اعتباره
شرط تعسفي

وفقاً للقواعد العامة للمسئولية العقدية، عندما يترتب على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته أو عند تأخيره عن تنفيذها في موعدها ضرراً يلحق بالمتعاقد الآخر فإنه يحق للمضرور مطالبة المسئول عن تعويض الأضرار التي لحقت به. والبين من ذلك الأمر أن ثبوت عناصر المسئولية في حق شخص يمنح الطرف المتعاقد معه الحق في التعويض. وترتيباً على ذلك إذا اتفق الطرفان على إدراج شرط عدم المسئولية عن عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته التي يفرضها عليه العقد فإن مفاد ذلك هو عدم أحقيته في المطالبة بالتعويض أي أن شرط عدم المسئولية هو ذاته شرط عدم التعويض([3]).

([1])PHILIPPE DELEBECQUE: Les clauses allégeant les obligations dans les contrats,thèse, Aix-Marseille III,1981,p.541 et s.

([2]) المادة ١٣٢/١ من قانون الاستهلاك الفرنسي.

وفي التعليق على تلك المادة راجع:

Sabine LIPOVETSKI: Les clauses limitatives de responsabilité et de garantie dans les contrats informatiques, art. Préc., p. 3 et s.

([3])Ch. CHOLKAMI: La responsabilité liée aux contrats relatifs aux logiciels informatiques, th. préc., p. 286 et s.

ويرى البعض أن إدراج شرط عدم المسئولية إنما يستند إلى مبدأ سلطان الإرادة وحرية الإرادة في تحديد نطاق العقد وآثاره وأن ذلك يأخذ مرتبة القانون وذلك طبقاً لنص المادة (١٤٧) من القانون المدنى في فقرتها الأولى والتي جاء فيها أن : «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون»([1]).

وتمشياً مع مبدأ الحرية التعاقدية، قضت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها أنه بالنسبة لعقود الإذعان " contrats d'adhesion" يستطيع المتعاقدين إدراج شرط عدم المسئولية ما دام أنه لا يتعارض مع مضمون العقد نفسه وما يقتضيه حسن النية في إبرام وتنفيذ العقد([2]). ومن جانبنا نرى عدم قبول هذا الاتجاه بشكل مطلق وعام وإنما يتعين النظر إلى المستفيد من شرط عدم المسئولية ذلك أنه في هذا النوع من العقود ينفرد أحد المتعاقدين بوضع كافة شروط التعاقد ولا يكون للطرف الآخر سوى قبولها أو رفضها كما هي – وإن كان لا

([1])يقابل هذه المادة في القانون المدني الفرنسي المادة رقم ١١٣٤ والتي تنص على أنه :
" les conventions légalement formeés tiennent lieu de loi á cause qui les ont faite. Elles ne peuvent être née que de leur consentment mutuele , au pour les clauses que la loi autorise. Elles doivent étre exécutées de bonne foi".

د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن : البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، دراسة فقهية وقضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٢٢٠ وما بعدها ، ويضيف سيادته أن هناك أنواع معينة من الظروف بالنسبة لأفراد المهنة الواحدة يجب أخذها في الاعتبار عند تقييم درجة التخصص وما يترتب عليها من أحكام وهذه الظروف هي:

- ظروف تتعلق بدرجة تخصص المدين في المهنة .
- ظروف خاصة بطبيعة المهنة التي يحترفها المدين .
- ظروف تتعلق بأهمية المصلحة التي يعول عليها الدائن .
- ظروف تتعلق بالعادات المرعية في مباشرة المهنة .

(حول تفاصيل هذه الظروف راجع ص ٢٢٣ وما بعدها).

([2])Cass. 1er civ., 19 janvier 1982, D.1982, p.457, note Ch. LARROUMET.

يستطيع الرفض بالنسبة لطائفة معينة من العقود - ، وترتيباً على ذلك الوضع الخاص يتعين دراسة الشرط فإن كان لمصلحة الطرف القوي فيمكن اعتباره شرط تعسفي يستطيع القاضي اعتباره وكأنه غير موجود ، وبالمقابل لذلك إن كان الشرط مقرر لمصلحة الطرف المذعن «الضعيف» فيمكن قبوله وإعماله فيما يترتب عليه من آثار.

ويرى البعض أنه يتعين عدم الخلط بين شرط عدم ضمان العيوب الخفية في مجال عقود المعلوماتية وبين شروط عدم المسئولية. فإذا وضع البائع شرط عدم ضمان العيب الخفي فإن ذلك الشرط يلغي الالتزام الملقي على عاتق البائع بهذا الضمان طبقاً للمادة ١٦٤٣ من القانون المدني الفرنسي مع مراعاة مبدأ حسن النية من جانب هذا البائع[1]. وعلى العكس من ذلك فإن شرط عدم المسئولية لا يترتب عليه إلغاء الالتزامات الملقاة على عاتق المسئول وإنما فقط يثور عند حالة عدم تنفيذه لالتزامه أو تأخيره في تنفيذه أو تنفيذه بشكل غير مقبول ومعنى ذلك أنه عندما تثور المسئولية في جانب المخل بالتزاماته فإنه يدفع فقط بشرط عدم المسئولية المدرج بالعقد وليس له أن يدفع بأنه غير ملزم بموجب هذا الشرط[2].

وما يجب ذكره أن القانون الأمريكى بشأن المعلوماتيه المعروف باسم (UCITA (Uniform Computer Information Transaction Act قد أجاز إدراج شرط عدم المسئولية وتكون هى قانون العقد فى حالة نشوء نزاع بين الأطراف ولكى يحتج بها ويتم قبولها يتعين أن يكون ذلك البند

([1])Jean – Louis BAUDOUIN et Pierre – Gabriel JOBIN: Les obligations, 5ᵉ éd., éd. Yvon Blais, 1998, n° 872, p. 707.

([2])Ch. CHOLKAMI: La responsabilité lieé aux contrats relatifs aux logiciels informatiques, th. préc., p.290.

من العقد مكتوب بحروف كبيره ومختلفة عن باقى شروط تحرير العقد([1]).

ولعل السؤال الذي يجب طرحه للبحث هو مدى قبول شرط عدم المسئولية عند وجود غياب تشريعي ينظم ذلك الأمر بشكل صريح([2])، والإجابة على ذلك يكون للقضاء والفقه فيها دور بارز عندما يقر بإمكانية قبول مثل هذا الشرط مع ضرورة عدم الاعتداد به في حالة وجود خطأ جسيم أو غش من جانب المتعاقد المستفيد من هذا الشرط. وبمفهوم المخالفة يبقى الشرط صحيحاً وينتج آثاره في حالة ارتكاب المستفيد منه خطأ بسيط لا يرقى لمرتبة الخطأ الجسيم أو الغش المفسد لكل شئ([3]). ونحن من جانبنا نرى أن هذا التفسير هو التفسير الأكثر قبولاً والذي يتفق مع المبدأ العام في العقود القاضي بحسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية وذلك لمحاولة إيجاد نوع من التوازن العادل مع مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ حرية المتعاقدين المستقر عليه لدى كافة التشريعات.

والتفسير السابق يتفق مع ما ينص عليه المشرع المصري من خلال المادة (٢١٧) من القانون المدني والتي جاء فيها :

([1])يجدر الإشارة إلى أن هناك بعض التشريعات قد حسمت أى اجتهاد فى هذا الصدد وذلك من خلال وضع مبدأ عام مفاده عدم جواز إدراج شرط الاستبعاد فى حالة الأضرار المعنوية والجسدية التى تلحق بالغير وذلك كأصل عام بصرف النظر عن ظروف التعاقد وملابساته.
ومن تلك التشريعات المادة ١٤٧٤ من القانون المدنى الكندى والتى تنص على أنه:
"Il n'est pas possible d'exclure ou limiter sa responsabilité pour le prejudice corporel au moral cause à autrui".

([2])Michael D. Scott : Scott on computer law, vol 2, 2d ed., Englewoods Cliff, New Jersey, 1998, n° 162.

([3])PHILIPPE DELEBECQUE et D.MAZEAUD: les clauses de responsabilité, clauses de non responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales,in les sanction de l'inexécution des obligations contractuelles ,et de droit comparé, sous la direction de M.FONTAIN, et Geneviève VINEY, L.G.D.J.,2001, p. 388.

«١ - يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة.

٢ - وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين عن أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ من غشه أو عن خطأه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

٣ - ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع».

وما يجب الإشارة إليه في مجال شرط عدم المسئولية الموقف المتشدد من جانب محكمة النقض الفرنسية والتي لم تعتد بهذا الشرط حتى في الحالة التي يكون فيها كلا من طرفي العقد متخصصين في ذات المجال([1]). ونحن من جانبنا نرى أن التفسير الصحيح لشرط عدم المسئولية إنما يتعين النظر فيه إلى درجة ومجال تخصص المتعاقدين بمعنى أنه عندما يكون العقد مبرم بين متخصص في مجال معين ومجرد مستهلك عادي أو حتى شخص متخصص ولكن في مجال آخر فيمكن اعتبار شرط عدم المسئولية بالنسبة للمتخصص شرط تعسفي وباطل. أما عندما يكون الطرفين متخصصين في ذات المجال ولديهم ما يمكنهم فنياً ومادياً من السيطرة على كافة جوانب العقد فيمكن قبوله في ضوء التفسير الذي نتبناه ويتفق مع صريح نص المشرع المصري عندما يكون الطرفين حسني النية ولم يرتكب المستفيد منهم غشاً أو خطأ جسيم يبطل وجود الشرط المقرر لمصلحته.

وفي مجال المعلوماتية والشبكات فقد انتهت اللجنة المعنية بدراسة الشروط التعسفية إلى تكييف العقد الذي يتم إبرامه لشراء برامج

([1])Cass. Com., 10 mai 1994, D.1995. p. 87, obs. D. MAZEAUD.

الحاسب الآلي بأنه عقد إذعان من حيث شروطه المتعلقة باستغلاله من خلال شهادة الترخيص Licence ذلك أن المشتري للبرنامج لم يكن له أي دور في مناقشته أو وضع هذه الشروط وبناء عليه لا يعول على شروط عدم المسئولية التي توضع من جانب البائع عندما يكون البيع لمجرد مستهلك عادي أو حتى لشخص متخصص ولكن في مجال آخر([1]). وفي مثل هذه الحالات يجوز للقاضي أن يعفى المستهلك العادي بالمفهوم الواسع من مثل هذا الشرط باعتباره شرط تعسفي وذلك إعمالاً للمادة (١٤٩) من القانون المدني والتي تنص على أنه : «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها؛ وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

كذلك فقد انتهت الجنة إلى اعتبار كل شرط يكون مضمونه استبعاد الضمان الملقى على عاتق الشخص المتخصص في مجال المعلوماتية والمتصل ببرامج الحاسب الآلي ودعاماته اعتباره شرط تعسفي ما دام أنه سيؤدي في النهاية إلى استبعاد مسئولية البائع عند وجود عيب في المنتج يستوجب الضمان وفقاً لأحكام القانون. أيضاً انتهت اللجنة إلى اعتبار الشرط الذي بموجبه يتم إعفاء المتخصص من الالتزام بالنصيحة في مواجهة المستهلك العادي أو غير المتخصص شرطاً تعسفياً لا يعول عليه([2]). وفي هذه الحالة فقد قضت محكمة النقض الفرنسية أنه يجب النظر إلى العقد في مجموعة بحيث إذا كان ذو علاقة مباشرة مع مهنة معينة

([1])Recommandation n° 95-02 émise pan le commission des cluses abusives relative aux contractés…, préc.

([2])Recommandation n° 95-02 émise par la commission des clauses abusives relatives aux contrats proposés par les éditeurs ou distributeuts de logiciels au progiciels destinés á l'utilisation sur micro-ordinateurs (Bocc, 25, aout 1995).

ولكن ليس من عقود الاستهلاك فلا يطبق بشأنه القانون المشار إليه والمتعلقة بتوصية لجنة الشروط التعسفية(1).

وحيث كان ما سبق يتضح أن تحديد صفة المتعاقد بحسب ما إذا كان مجرد مستهلك عادي أو متخصص في مجال مهني معين هو أمر في غاية الأهمية من الناحية العملية بالنظر للآثار التي تترتب على ذلك التوصيف. وبناء على ذلك يتجه الفقه إلى أن المدين المحترف المتخصص في مجاله هو ذلك الشخص الذي يتركز نشاطه المعتاد في القيام بإبرام عقود معينة وتنفيذها ، وأن المظهر الرئيسي لاحتراف ذلك الشخص هو التخصص الفني الذي يكتسبه في أداء العمل، وهذا التخصص هو الذي يؤدي إلى رفع درجة مستواه الفني في تنفيذه لما يلتزم به. وباكتساب الشخص لصفة المتخصص فإن من يتعاقد معه ينتظر منه أن ينفذ التزاماته بوجه أعلى من أي شخص آخر ولو كان من الحريصين بطبيعته(2).

كذلك فقد ذهب البعض إلى اعتبار الشرط الذى يحدد مدة قصيرة بشكل غير معقول يتعين على المضرور ممارسة حقه خلالها بمثابة شرط تعسفى إذ أنه يفرغ الالتزام الملقى على عاتق الدائن من مضمونه. ويأخذ نفس الحكم فى مجال المعلوماتيه وبرامج الحاسب الآلى الشرط الذى وضعه بعض موردى الخدمة المعلوماتية والذى كان مفاده عدم

---

(1)cass. 1er civ., 10 juillet 1996, D.1997, p.173, note PHILIPPE DELEBECQUE.

حيث جاء في الحكم أنه :

«si le contrat a bien un rapport direct avec l'activité. professionnelle et ne peut étre qualifié de consommation,on ne peut pas appliquer la réglementation des clauses abusives».

(2)د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن : البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية ، دراسة فقهية وقضائية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٢٠ وما بعدها.

مسئولية أى منهم عن الأضرار التى قد تلحق بمستخدمى الخدمات من جراء الانتقال إلى عام ٢٠٠٠([1]).

وخلاصة القول أن خطأ يسير من المستهلك العادي أو حتى من شخص متخصص في مجال آخر غير العقد محل الالتزام قد يكون هو ذاته خطأ جسيم إذا ارتكب من شخص متخصص في مجاله بما يترتب على ذلك من آثار أهمها استبعاد شرط الإعفاء من المسئولية بسبب الخطأ الجسيم حسب التفصيل سالف البيان.

المطلب الثالث
الشروط المحددة للمسئولية
في مجال المعلوماتية

يقصد بهذه الشروط أن يتم الاتفاق على مبلغ كحد أقصى لما يحصل عليه الدائن عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تنفيذه جزئياً أو تأخيره في تنفيذه. وما يجب الإشارة إليه أن تحديد المسئولية لا يكون بمقدار ما قد يستحق من تعويض للمضرور فقط وإنما ذهب الاتجاه الحديث إلى اعتبار تقصير مدة تقادم دعوى المسئولية المدنية بمثابة شروط محددة للمسئولية إذ بموجبه لن يستطيع الدائن مطالبة المدين بالتعويض إلا خلال الفترة المتفق عليها. وقد اعتبر ذلك الشرط بمثابة اتفاق صحيح غير متعارض مع فكرة النظام العام انطلاقا من أن هذه المدة مقررة منذ نشأتها لمصلحة خاصة هي مصلحة الدائن فإن تنازل عنها بأن وافق على إنقاصها فهو يملك ذلك ويتعين عليه تحمل كافة تبعاته([2]).

([1])ETIENNE WERY: Le bogue de l'an 2000 sous la loupe des contrats informatiques, art. Préc., p. 38 et s.

([2])A. HASSAN: La clause d'exonération de responsabilité contractuelle, thèse, Nantes, 1991, p. 55.

وفيما يتعلق بالشروط المحددة للمسئولية التى تأخذ صورة وضع حد أقصى لا يمكن المطالبة بأكثر منه، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية منذ زمن طويل بأنه إذا تبين أن مبلغ التعويض المحدد للمسئولية الملقاة على عاتق المسئول هو ثمن زهيد فإنه يتعين عدم الاعتداد بمثل هذا الشرط ذلك أنه فى حقيقة الأمر شرط إعفاء من المسئولية وليس شرط تحديد لها(1).

ويذهب رأى فى الفقه الفرنسى إلى اعتبار مثل هذه الشروط بمثابة شروط معفية من المسئولية عن بعض الأضرار وهي تختلف بذلك عن التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) إذ أن القاضي لا يكون له فيها دور لتقدير قيمة الأضرار الفعلية لإنقاص قيمة التعويض أو إعفاء المدين منه(2). ونحن نرى أن ذلك هو تطبيق لما ينص عليه المشرع المصري من خلال المادة (٢٢٤) من القانون المدني والتي جاء فيها أنه:

١ - لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

(1)Cass. civ., 7 mai 1945, Gaz, Pal., 1945, II, p. 29.

وقد جاء فى الحكم أنه :

"La cour n'admet pas la validité des clauses limitatives de responsabilité à plafond si les indemnités contractuellement prévues sont dérisoires. La clause limitative est alors assimilié à une clause de non-responsabilité, valables seulement dans la mesure où l'exoneration totale de responsabilité est elle-même justifiée en l'espèce".

(2)Marcel FONTAINE: Les clauses limtatives et exoneratoires de responsabilité et de garantie dans les contrats internationaux Revue de droit des affaires internationals, n° 4, 1985, p 435 et s.

ويجب ملاحظة أن التعويض الاتفاقي وأحكامه يجد سنده في المادة ٢٢٣ من القانون المدني والتي تنص على أنه :

«يجوز للمتعاقدين أن يحددا قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠» .

٢ - ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام قد نفذ في جزء منه.

٣ - ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين".

وإذا كان الفقه والقضاء قد قبلا فكرة الشروط المحددة للمسئولية إلا أن ذلك يجب أن يتم في الإطار العام للعلاقات التعاقدية والمبدأ الرئيسي الحاكم لها وهو حسن النية بمعنى أن هذه الشروط يتم تنحيتها وتعد وكأنها غير مدرجة بالعقد إذا ثبت وقوع غش أو خطأ جسيم من جانب الطرف المستفيد من تلك النوعية من الشروط([1]).

ونحن من جانبنا نرى إمكانية قبول الشروط المحددة للمسئولية مع ضرورة الأخذ في الاعتبار طبيعة طرفي العلاقة العقدية بحسب ما إذا كان الطرفين متخصصين في نفس المجال المهنى أم أن أحدهما لديه ما لديه من خبرات وإمكانات لا تتوافر لدى المستهلك العادي الذى يتعين حمايته. وفيما يتعلق بالتفسير الموسع الذي يدخل إنقاص مدة التقادم في نطاق الشروط المحددة للمسئولية والتي يمكن قبولها، فإن المشرع المصري لا يقبل ذلك التوسع ويبدو ذلك بجلاء من خلال المادة ٣٨٨ من القانون المدني والتي تنص على أنه :

«١ - لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون.

([1])Cass. com., 30 October 1989, JCP, 1990, n° 21423; Cas I^er civ., 24 Fevrier 1993, JCP, éd., G, 1993, n° 22166.

حيث جاء فى الحكم أنه :

"La cour a rappelé le principe de validité des clauses limitatives de responsabilité contractuelles et souligné que leur application ne peut, en règle générale, être écartée qu'en cas de dol ou de faute lourde du débiteur".

٢ - وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، على أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم».

وتمشياً مع منهج حماية المستهلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية باعتبار الشروط المحددة للمسئولية شروطاً تعسفية وكأنها غير مكتوبة وذلك بسبب عدم التعادل فى المراكز القانونية عندما يكون أحد طرفى التعاقد متخصص محترف فى مجال التعاقد والطرف الآخر مجرد مستهلك عادى غير متخصص أو حتى لو كان متخصصاً ولكن فى مجال آخر([1]).

وفيما يتعلق بهذه النوعية من الشروط المحددة للمسئولية التى يتم ادراجها فى العقود المبرمة بين متخصصين فقد كان لمحكمة النقض الفرنسية اسهام فى تقييم هذه النوعية من الشروط الاتفاقية. فكانت البداية مع اقرار مثل هذه الشروط واعتبارها صالحة مادام أن أطراف العقد كلاهما متخصص([2])، ثم جاءت مرحلة أخرى من جانب القضاء كأن الموقف مختلف، فقد قضت المحكمة باعتبار الشرط المحدد لمسئولية شركة "Chronopost" بمبلغ معين من التعويض حتى فى حالة

([1])Cass. 1er civ., 24 Janvier 1995, D. 1995, II, p. 327.

حيث جاء فى الحكم أن:

"Toute clause limitative de responsabilité ou de garantie imposé par le professionnel au consommateur ou au non-professionel est susceptible de créer un déséquilibre significatif et d'être déclarée abusive et de ce fait non-écrite. Sont bénéficiaires de la protection non seulement les consommateures, mais également les professionals qui ne sont pas dans le même domaine de spécialité que leur cocontractant".

ويؤيد الحكم من الفقه الفرنسى:

Christian LARROUMET: Obligations et clause limitative de responsabilite, D. 1997, chron. , P. 145 et s.

([2])Cass. Com., 26 Fevrier 1999, JCP, ed., G., 2000, P. 215, obs. ROCHFELD.

ارتكابها خطأ جسيم بمثابة شرط تعسفى وكأنه غير مكتوب بالعقد(١). وبالمقابل لما سبق فقد أقرت مسئولية ذات الشركة عن تأخيرها فى توصيل برامج ومواد معلوماتية لمدة تجاوزت ٤٨ ساعة عن الموعد المحدد للتسليم وتم تقدير مبلغ التعويض متجاوزا ما تم تحديده فى العقد وذلك على سند من القول بأن الشرط المحدد السابق وعلى الرغم من إبرامه بين متخصصين إلا أنه يعد باطلا بالنظر إلى مضمونه كاملا وما يمكن أن يترتب عليه من آثار ضارة بالنسبة لطرف وحيد دون الطرف الآخر(٢).

---

(1)Cass. 1er civ., 2 Decembre 1997, Jcl., 1998, p. 1097.
(2)Cass. Com. 9 Juillet 2002, JCP, ed., G., 13 Novembre 2002, p. 2032, note, M. BILLIAU et G. LOISEAU.

الفصل الثانى
بعض التطبيقات العملية للمسئولية العقدية
فى مجال المعلوماتية

إن العقود التى ترد على المعلوماتية متعددة ومتنوعة ولكن العقد الأكثر شيوعاً فى الاستخدام العملى هو عقد بيع برامج الحاسب الآلى. وتبعاً لذلك فإن غالبية المنازعات التى تم إثارتها فى هذا المجال تنصب – على حسب ما سنؤكد لاحقاً – على المسئولية العقدية الناشئة عن هذا العقد وعلى وجه الخصوص ما يمكن أن يتمتع به المشترى من ضمانات فى مواجهة البائع فى ضوء القواعد الخاصة بحماية المستهلك. ولعل السوابق القضائية تشير بشكل واضح إلى أن ما يمكن أن يوجد بالمبيع من عيوب إنما تُثير جدلاً واسعاً على مستوى الفقه والقضاء وخاصة تحديد ما إذا كان هذا العيب يعتبر عيباً خفياً يتعين معالجة الإشكالية الخاصة به فى مجال المعلوماتية وبرامج الحاسب الآلى (المبحث الأول).

فضلاً عن ذلك فقد ثار جدل كبير سواء فيما بين الفقه والقضاء حول تحديد النقاط الفاصلة بين عيب عدم مطابقة المبيع لما تم الاتفاق عليه وبين العيب الخفى، وهل يعتبران عيب واحد أم عيبان منفصلان لكل منهما نطاقه وأحكامه ووضع تلك الصعوبات موضع التطبيق العملى فى مجال المعلوماتية (المبحث الثانى). وذلك طبقاً للتفصيل التالى.

المبحث الأول
ضمان العيوب الخفية في مجال المعلوماتية

يمكن بداية تحديد المقصود بالعيب الخفي من خلال نص المادة ١/٤٤٧ من القانون المدني والتي جاء فيها أنه: «يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من

نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو معين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشئ، أو الغرض الذي أعد له؛ ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده».

ويذهب الفقه الفرنسي إلى أن للعيب الخفي تعريف مادي وآخر وظيفي ووفقا للمفهوم المادي للعيب يقصد به أى خلل مادي في المبيع مقارنة بحالته الطبيعية التي يتعين أن يكون عليها([1])، أما المفهوم الوظيفي فيقصد به الحالة التي يوجد عليها الشي المبيع والذي يجعله غير ملائم لاستعماله فيما أعد له([2]).

وإذا كان العيب الخفي هو ما سبق تعريفه بوجه عام، فإن السؤال الذي يطرح نفسه في مجال المعلوماتية هو مدى وجود العيب الخفي في هذا المجال وذلك في ضوء الخلاف الفقهى المثار في هذا الشأن (المطلب الأول)، وإن كان للعيب الخفي وجود في هذا المجال فما هي الآثار التي يمكن أن تترتب في ضوء خصوصية مجال المعلوماتية (المطلب الثاني)، وأخيراً فإنه يتعين بحث الدور الذي تلعبه إرادة الأطراف في تعديل نطاق

([1])يجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض المصرية كانت تتبنى مفهوما آخر للعيب الخفي في ظل التقنين المدني القديم حيث أنها عرفت العيب الخفي الذي يضمنه البائع أنه: الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع (نقض مدني ١٩٤٨/٤/٨، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاما، حـ١ ص ٣٦٠)، وقد استقر معنى العيب الخفي واقتصر على ذلك المفهوم فقط في ظل التقنين المدني القديم إلى إن تم وضع التعريف المشار إليه بعاليه في القانون المدني الحالي. وبذات المعنى الجديد ينص المشروع الفرنسي في المادة ١٦٤١ من القانون المدني على أنه :

Le vendeur est tenu de la garantie a raison des defauts caches de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou que diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'avait pas acquise, ou n'en aurait donne qu'un aurait donne qu'un moindre prix, sil l'avait connus.

([2])D.L. BOHOUSSOU: L'obligation de garantie dans les contrats relatifs à l'informatique, thèse, Montpellier, 1993, p.45 et s.

ضمان العيوب الخفية ـ في مجال البحث (المطلب الثالث) وذلك على التفصيل التالي:

المطلب الأول
مدى وجود العيب الخفي في مجال المعلوماتية

أمام الطبيعة الخاصة لمجال المعلوماتية وما يبرم فيها من عقود، فقد أثير خلاف فقهي يتعلق بأمرين الأول منهما هو مدى قبول ضمان العيوب الخفية في عقود بيع المعلوماتية، وهل يمتد ذلك النوع من الضمان ليشمل – حماية للمستهلك – كافة العقود التي يكون محلها برامج الحاسب الآلي أو تبعاته، ومن ذلك عقد الإيجار. وما يجب الإشارة إليه أن هذا الخلاف كان مرجعه إلى الطبيعة الخاصة لبرامج المعلوماتية ومدى اعتبارها عنصر مادي أم عنصر معنوي مرتبط بمجال الملكية الفكرية بما يصعب معه انطباق الأحكام العامة لعقد البيع ومن بينها ضمان العيوب الخفية في ذلك المجال (الفرع الأول).

وإذا كان الاتجاه الأكثر قبولاً هو إمكانية انطباق أحكام ضمان العيوب الخفية في مجال المعلوماتية وبرامج الحاسب الآلي فإن السؤال التي يتعين بحثه يتعلق بمدى توافر عناصر العيب الخفي في هذا المجال وذلك في ضوء خصوصية تلك البرامج وما يمكن أن يعتبر منها عيب خفي مؤثر لدى المشتري (الفرع الثاني).

الفرع الأول
الخلاف الفقهي حول قبول ضمان العيوب الخفية في مجال المعلوماتية

قد يتولد اعتقاد بأن ضمان العيوب الخفية لا يثور إلا ـ في عقد بيع برامج الحاسب وعقود البيع فقط ـ في مجال المعلوماتية وذلك انطلاقا من أن أصل نشأة هذا النوع من الضمان كان ـ في عقد البيع ولا يتعين التوسع

في ذلك، بينما يتجه الرأي الراجح إلى ضرورة التوسع في توفير أقصى حماية ممكنه للمتعاقد العادي أمام المتخصصين في مجال المعلوماتية بما مقتضاه ضرورة قبول ضمان العيوب الخفية في عقود بيع المعلوماتية وغيرها من العقود ذات الصلة بهذا المجال كعقد إيجار برامج الحاسب الآلي على سبيل المثال لا الحصر وبوجه عام يجب عدم قصر الأمر على العقود التي ترد على الأشياء المادية فقط وإنما يسرى الضمان في مجال المعلوماتية دونما الوقوف على الخلاف الفقهي المتعلق بتحديد طبيعة برامج الحاسب الآلي([1]). وما يجب الإشارة إليه في هذا الصدد أن هناك من يرفض من حيث المبدأ وجود ضمان العيوب الخفية في مجال برامج الحاسب الآلي وذلك انطلاقا من أن ضمان العيوب الخفية بدأ ومازال بحسب وجهة نظرهم بالنسبة لعقود بيع الأموال المادية وهو ما لا يتوافر بالنسبة للتكييف القانوني لبرامج الحاسب الآلي ومصنفات الملكية الفكرية التي يتم إخراجها من نطاق الأموال المادية([2]).

ولا يمكن أن يحتج على ذلك بوجود ضمان العيوب الخفية بالنسبة لعناصر المحل التجاري ومنها ما ليس له طبيعة مادية أي العناصر المعنوية، فبرامج الحاسب الآلي ومصنفات الملكية الفكرية ذات صلة وثيقة وشخصية بشخص صاحب المصنف ولها من العناصر الوظيفية الحديثة ما لم يكن موجود في المصنفات التقليدية. فضلا عن ذلك، فانه حتى مع اعتبار برامج الحاسب الآلي ضمن مصنفات الملكية الفكرية تخضع لأحكام قانون الملكية الفكرية إلا أنه لا ينطبق عليها كافه أحكامه نظرا لطبيعتها الخاصة ومن بينها الأحكام الخاصة بضمان العيوب

([1])MARLENE TREZEGUET: Débat: peut – on appliquer la garantie contre les vices cachés en matière de logiciels, CEJEM. Com. 16 sebtembre 2003, p. 1 et s; M. VIVANT et Ch. STANC: Lamy droit de l'informatique, 2000, n° 1078.
([2])André LUCAS: Droit de l'informatique et de l'internet, Dalloz, 2001, n° 759, p. 504 et s.

الخفية([1]). وبالمقابل لما سبق، يذهب الاتجاه الراجح والذي نؤيده إلى قبول ضمان العيوب الخفية في مجال المعلوماتية وبرامج الحاسب الآلي انطلاقا من أن القواعد القانونية هي من حيث الأصل قواعد حمائية تهدف إلى حماية أصحاب الحقوق، فإذا ما تم التعامل بشأن برامج الحاسب الآلي فأن وجود أي عيب بهذه البرامج يتعين على الطرف الآخر ضمانة متى توافرت الشروط والضوابط التي يتطلبها المشرع واستقر عليها القضاء لسريانه ([2]).

والجدير بالذكر أن هذا الاتجاه الراجح قد وجد تأييداً قضائياً فى أكثر من مناسبة، فنجد حكم الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية قد قضى بوجوب تطبيق أحكام المادة ١٦٤١ من القانون المدنى والمُنَظِمة لضمان العيوب الخفية على فيروس تم اكتشافه ببرامج تم شرائها مع مجلة متخصصة فى مجال المعلوماتية([3]). وقد تأيد هذا القضاء بشكل أكثر وضوحاً من خلال حكم الاستئناف الصادر من محكمة استئناف باستيا والذى قرر صراحة بأن عدم استطاعة البرامج التى تم التعاقد عليها من أداء وظيفتها على الوجه المبتغى من عملية العقد المشتمل على البرامج والكتب المتعاقد عليها يُعد بمثابة عيب خفى ينطبق عليه

([1])M. PRETNAR: le service et le suivit du logicial, Aspects contractuells, thèse, Paris Nord, 1933, p-209 ets.
"La garantie cache peut meme s'appliquer pour toute sorte de services ce qui perment de l'applique au contrat de mise à disposition d'un logiciel, quelle que soit la qualification choisie".
([2])M. PRETNAR: Le service et le suivi du logiciel, Aspects contractuelles. th. Prec, p. 205.
([3])Cass. Com. 25 novembre 1997, Bull. Civ., 1998, IV, n° 318

أحكام المادتين ١٦٤١ و ١٦٤٤ من القانون المدنى وذلك لأن المشترى لو علم بهذا العيب لتغير رأيه بشأن العقد المبرم مع الطرف الآخر[١].

وإذا كنا نقبل بوجود ضمان العيوب الخفية في مجال البحث، فان السؤال الذي يتعين طرحه يتعلق بتحديد عناصر وضوابط العيب الخفي بالنسبة لبرامج الحاسب الآلي وما شابهها في مجال المعلوماتية في ضوء الخصوصية التي يتمتع بها والسابق الإشارة إليها، لذلك سوف نتولى معالجة ما يلي:

الفرع الثانى

مدى انطباق شروط العيب الخفي على برامج الحاسب الآلي

حماية للمستهلك العادي عندما يدخل في علاقة مع متخصصين، فان دعوى الضمان يمكن ممارستها إذا توافرت شروطها وذلك بصرف النظر عن طبيعة البرنامج نفسه وما ثار من خلاف حول تحديد طبيعته القانونية، وبصرف النظر عن طبيعة العقد. والشروط اللازمة لممارسة هذا الضمان والمتفق عليها لدى الفقه والقضاء هى ضرورة أن يكون العيب مؤثراً (أولاً)، وأن يكون خفياً (ثانياً)، بالإضافة إلى كونه قديماً (ثالثاً). وذلك وفقاً للتفصيل التالى:

---

[١]حكم محكمة استئناف باستيا الصادر بتاريخ ١٩ نوفمبر ٢٠٠٢ ومنشور على الموقع الخاص بالتشريعات الفرنسية legifrance فى التعليق على مواد ضمان العيوب الخفية، وقد جاء فى الحكم أنه :

"Force est de constater que le logiciel fourni par la société des anomalies de fonctionnement, notamment en ce concerne l'affectation des écritures comptables dans les livres auxquels elles doivent être inscrites, ces anomalies constituent un vice caché de la chose vendue qui en diminue tellement l'usage auquel elle est destinée, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise. La société G est en droit de soliiciter, en l'application des articles 1641 et 1644 du code civil, la resolution de la vente du materiel vendu".

أولاً : أن يكون العيب مؤثراً:

والعيب الذي يعتد به في الضمان هو ذلك العيب المؤثر الذي يؤدي إلى منع المبيع أو الشي محل العقد من أداء وظيفته أو أداءها بشكل غير مرض([1])، ويخرج من ذلك العيوب التي يجرى العرف على التسامح فيها، فمثل وجود عيب بسيط في المبيع لا يرقى إلى اعتباره عيب مؤثر([2]).

وحتى لا نكون في جانب طرف ضد طرف أخر، فقد استقر القضاء على أن تكرار ذلك العيب حتى ولو كان بسيطا خلال فترة زمنية قصيرة يمكن أن يتحقق معه المعنى المقصود من العيب المؤثر حيث إن التكرار سيؤدي حتما إلى التأثير على انتفاع المشتري أو مستغل البرنامج بشكل أو بآخر حيث يتعين تطبيق الضمان في مواجهة البائع خاصة إذا كان محترفا بمجرد توافر باقي الشروط اللازمة لتطبيق الضمان([3]).

وما يجب الإشارة إليه فى تحديد نطاق مسئولية بائع برامج الحاسب الآلى هو أن ما يؤثر لدى المشترى ليس فقط مجرد حصوله على شهادة الترخيص المعتمدة من جانبه ولكن الأكثر تأثيراً هو ما يحتويه البرنامج من معلومات يريد الحصول عليها، وبناء على ذلك إذا وُجد عيب خفى يؤثر فى استفادة المشترى من هذه المعلومات وجب الرجوع على البائع طبقاً لأحكام ضمان العيوب الخفية([4]).

([1])د. على نجيده: الوجيز فى عقد البيع، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص٢٢٥ وما بعدها.

([2])FAROUK AHMED: Le contrat international relatif aux logiciels informatiques, thèse, Montpellier 1, 1999, p.164.

([3])Cass. 1er civ., 14 mai 1996, D.,n° 23, 18 juin 1998, p.305 et s., note Jault-Seseke FABIENNE.

([4])تقرير الأستاذ الفرنسى GARCENAC المقدم لرئيس مجلس الوزراء الفرنسى حول تطوير الإدارة الإلكترونية، ص٣.

ولمزيد من التفاصيل راجع:

ثانياً : أن يكون العيب خفياً :

بالإضافة إلى ضرورة أن يكون العيب مؤثراً، يجب أن يكون العيب خفيا. وتحديد ذلك الخفاء ينظر فيه إلى المشتري نفسه ودرجة تخصصه في مجال العقد المبرم فضلا عن طبيعة الشي المبيع ذاته. كما يتعين مراعاة ما يعلمه المشتري عن المبيع وقت إبرام عقد البيع، وبناء على ذلك فلا يعتد بالعيب الظاهر ولا بالعيب الذي يستطيع المشتري ان يكتشفه بمجرد قيامه بفحص المبيع فحصا عاديا. ومع ذلك عندما يكون المشتري متخصص في مجال العقد كالبائع فهناك معلومات اعتبرها القضاء مفترضة بالنسبة للشي المبيع، وهذه القرينة يتم استبعادها إذا ثبت وجود غش من جانب البائع أو عند ارتكابه خطأ جسيم يتمثل في تأكيده للمشتري خلو المبيع من هذا العيب(1).

والأثر المترتب على ما سبق هو وجود عيب يكون خفياً بالنسبة لشخص عادي في حين يكون ذات العيب ظاهرا بالنسبة لمتخصص بكل ما يترتب على ذلك من آثار سواء في قبول الدعوى ذاتها أو الأثر المترتب عليها بالنسبة لطلب الإبطال من عدمه، فالمشتري المتخصص لا يكون له طلب الإبطال لوجود عيب هو يعلم بحكم تخصصه مصدر ذلك العيب ولا يكون هذا العيب بذلك عيباً خفياً(2). وما يجب أن نشير إليه حتى يمكن تطبيق تلك الآثار هو ضرورة أن يكون المشتري متخصص في ذات المجال الذي يتخصص فيه البائع والمتعلق بموضوع العقد، أما إذا كان متخصصا ولكن في مجال آخر فلا يكون لذلك أي تأثير ويكون شأنه شأن المستهلك العادي(3).

= Le rapport GARCENAC sur la modernization de l'administration électronique, remise au Premier minister le 19 avril 2001.

(1) Cass. 1er civ., 14 mai 1996, D. 1998, p. 305, note F.JAULT-SESEKE.

(2)C.A. Paris, 16e ch., 6 avril 2002, les petites affiches, n° 96, 14 mai 2002, p. 18.

(3)Cass. Com. 3 Fevrier 1998, D., n° 33, 24 septembre 1998, p. 455 et s., note Revel JANINE.

ويذهب أستاذنا الدكتور حسام الأهواني إلى أن الخفاء فكرة قانونية حددها المشرع تقوم إما على العلم الفعلي أو العلم الحكمي بإمكانية كشف العيب عند الفحص فإذا توافر العلم الفعلي فلا محل للبحث عن العلم الحكمي، أما إذا انتفى العلم الحكمي فان البحث ينتقل لمعرفة ما إذا كان المشتري قد علم فعلا أم لا. فالعيب يكون ظاهرا إذا كان المشتري يعلم به فعلا، أو إذا كان في استطاعته العلم به عند الفحص. فالعيب الخفي هو الذي لم يكن في استطاعة المشتري العلم به، ولم يعلم به فعلا وترتيبا على ما سبق، فإذا كان المشتري عالما بالعيب وقت إبرام العقد، وأقدم على الشراء فلا يكون له في هذه الحالة أن يرجع على البائع بالضمان انطلاقا من أن العيب المعلوم يأخذ حكم العيب الظاهر بكل ما يترتب على ذلك من آثار أهمها سقوط حق المشتري في الضمان من خلال تنازله عن هذا الضمان، بالإضافة إلى انه يكون قد راعى ذلك العيب عند تقديره ثمن المبيع.(١)

وقد استقر الفقه على أن أثر العلم بالعيب يتحقق بصرف النظر عن مصدر هذا العلم أي سواء كان المشتري قد علم بالعيب عن طريق البائع نفسه أو تمكن هو من هذا العلم من خلال المستندات المتعلقة بالعقد أو عن طريق فحصه للمبيع بنفسه، كذلك فان علم المشتري لا يسقط حقه في الرجوع على البائع بضمان العيوب الخفية عند وجود عيب آخر لم يعلمه(٢). والعبرة في تحديد ذلك العلم هو وقت البيع ولا تأثير للعلم اللاحق على مباشرة حقه في الضمان في مواجهة البائع ويقع على عاتق هذا الأخير

(١)د. حسام الأهواني: عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٩، ص ٦٤١.

(2)François COLLART. DUTILLEUL et Bernard MAGOIS: Contrats de vente immoblillière, éd. DELMAS, 1er éd. 1998, n° 137 et s., p. 259 et s.

إثبات علم المشتري بالعيب، وحيث إن العلم واقعة مادية فانه يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات([1]).

وإذا كان علم المشتري بالعيب يؤثر في حقه في الضمان على النحو السابق، فان الأمر مختلف بالنسبة لعلم البائع فعلم البائع بالعيب ليس شرطا للضمان ذلك أن البائع ملزم بالضمان ولو لم يكن عالما بالعيب طبقا لصريح نص المادة ١/٤٤٧ من القانون المدني.

وحيث إن عنصر الخفاء يتحقق في حالة عدم علم المشتري بالعيب علما حقيقيا، فانه يتوافر أيضا إذا لم يكن باستطاعة المشتري أن يتبينه بمجرد فحص المبيع فحصا عاديا، وقد طرح معيارين لتحديد ذلك الأمر: المعيار الأول هو المعيار الموضوعي والذي يتم بمقتضاه تقدير ظهور العيب أو اعتباره خفيا وفقا لمعيار الرجل العادي ودونما النظر إلى السمات الشخصية للمشتري. وبناء على ذلك يكون العيب ظاهرا إذا كان في مقدور الرجل العادي أن يكتشفه بمجرد فحص المبيع ولو كان هذا المشتري لا يستطيع كشفه لأنه اقل من الرجل العادي، وهذا هو ما يستفاد من نص المشرع المصري([2]).

أما المعيار الثاني فهو معيار شخصي يأخذ في اعتباره عند تقدير خفاء العيب أو ظهوره بما يتوافر لدى المشتري من سمات شخصية تمكنه

([1])يدخل في إثبات ذلك العلم البينة والقرائن، ومن القرائن التي يمكن تطبيقها في هذه الحالة النظر إلى الثمن الذي تم العقد به، فانخفاض الثمن مثلاً يمكن أن يشكل قرينه على أن المشتري كان يعلم بالعيب مع الأخذ في الاعتبار بأن هذه القرينة بسيطة تقبل إثبات العكس.

([2]) د. حسام الأهواني: عقد البيع في القانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص٦٤٩ وما بعدها.

ومن الفقه والقضاء الفرنسي راجع:

Cass. civ, 3 mai 1989, D. 1990, p.115, note M. TOURNAFAND.

F. COLLART DUTILLEUL et ph. DELEBCQUE: contrats civils et commerciaux, 4e éd, Dalloz, 1998, p.190 et s.

من حسم أمره وهذا يقتضي بطبيعة الحال النظر إلى كل حالة على حدة بحسب كل شخص وعقده. ويذهب بعض الفقه إلى أن هذا المعيار يمكن أن يستخلص من نص المادة ٢/٤٤٧ حيث ورد بنصها أن البائع لا يضمن العيوب التي يستطيع أن يتبينها بنفسه فعبارة بنفسه يستفاد منها الاعتداد بسلوك المشترى نفسه وليس بما يجب أن يكون عليه سلوك الرجل العادى[1].

ولقد تبنى القضاء والفقه تفسيراً في صالح المشتري خاصة عندما يكون شخصا عاديا ويتعامل مع بائع محترف، وكذلك عندما يكون المشتري نفسه شخص محترف ومتخصص في نفس مجال البائع. فبالنسبة للحالة الأولى التي يكون فيها البائع محترف والمشتري مستهلك عادي فقد قضى بأن المشتري غير المحترف غير ملزم بان يستعين بالخبراء المتخصصين لاكتشاف العيب الذي لا يستطيع أن يكتشفه بنفسه وكل ما عليه هو أن يقوم بفحص المبيع فحصا عاديا وفقا لمعيار الشخص العادي وهذا الوضع يعد بمثابة قرينة في صالح المشتري غير المحترف يستفاد منها خفاء العيب. وبالمقابل لذلك فإذا كان العيب ظاهرا يمكن كشفه بالفحص العادي من جانب أي شخص دون احتياج لأي خبرات فنية، فان عدم اكتشاف العيب من جانب المشتري يعد بمثابة تقصير

---

(١)د. محمد قاسم: القانون المدني، العقود المسماه، المرجع السابق، ص ٣٦٣، ويجدر الإشارة إلى أن ذلك المعيار هو ما تبنته محكمة النقض المصرية منذ فترة طويلة حيث قضت بأن معيار الظهور في العيب ليس معياراً شخصياً يتفاوت بتفاوت المستوى في الأنظار المختلفة بل معياراً متعينا بذاته مقدرا بمستوى نظر الشخص الفطن المتنبه للأمور.
نقض مدني جلسة ١٩٧٤/١٢/٤ ، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، جـ ١ ص٣٦١.

شخصي من جانبه عليه أن يتحمل كافة آثاره بالنسبة لأحكام ضمان العيب الخفي(1).

وما يجب إثارته هو حالة ما إذا كان العيب لا يمكن كشفه حتى عن طريق الاستعانة بخبراء متخصصين فى نفس المجال وذلك بسبب الطبيعة الخاصة لهذا العيب. وفى هذه الحالة يرى البعض عدم إمكانية الرجوع على البائع بضمان العيوب الخفية، ولا يمكن كذلك الرجوع عليه طبقاً لفكرة الالتزام بتعويض المضرور عن الأضرار المتوقعة بسبب غش البائع أو خطأه الجسيم. وتفسير ذلك أن العيب الذى لا يستطيع الخبير المتخصص اكتشافه لا يمكن أن ينسب إلى البائع خطأ جسيم بسبب جهله بهذا العيب. فضلاً عن ذلك فلا يقبل اعتبار سكوت البائع قرينة على سوء نيته. وترتيباً على كل ما سبق، يرى هذا الفقيه أنه لن يكون أمام المشترى من سبيل سوى المطالبة بالتعويض استناداً لوجود التزام محدد بالسلامة فى عقد البيع ذلك أن الالتزام بضمان السلامة لا يقوم على مجرد القدرة على كشف العيب، وإنما تبرره اعتبارات أخرى ترتبط بضرورة تعويض الضرر(2).

ومحاولة من جانبه في تحقيق نوع من العدالة، فان القضاء الفرنسي يتشدد في اعتبار شرط خفاء العيب عندما يكون المشتري متخصص في مجال العقد، وبناء على ذلك يتم قبول قرينه مفادها علم المشتري المتخصص بعيوب الشي الذي يتعاقد بشأنه. وهذه القرينة تقوم عندما

---

(1)د. حسام الأهواني: عقد البيع في القانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٦٤٩ وما بعدها.

Cass. civ, 3 mai 1989, D.1990, p.115, note M. TOURNAFAND.

F. COLLART DUTILLEUL et ph. DELEBCQUE: contrats civils et commerciaux, 4e ed, Dalloz, 1998, p.190et s.

C.A. Paris, 5 ch, 18 mai 1988, Exp. , mai 1988, p. 165.

(2)د/ جابر محجوب على: ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص ٢٧٧.

يكون المشتري متخصص في نفس مجال البائع ولا تقوم عندما يكون المشتري متخصص محترف ولكن في مجال آخر. وأيا ما كان الأمر فان قرينة العلم هي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها([1]).

ثالثاً : أن يكون العيب قديماً:

يقصد بقدم العيب بوجه عام ضرورة توافر العيب قبل البيع وبمعنى أكثر دقة حسب الرأي الفقهي قبل عملية نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري أي قبل عملية التسليم([2]). وبناء على ذلك فإذا كان العيب لاحقاً على عملية البيع وتسليم المبيع للمشترى فلا محل للرجوع على البائع بالضمان وقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى هذه الحالة بأن العيب اللاحق ينشأ عادة عن سوء استعمال من جانب المشترى فلا يحق له أن يستفيد من ضمان ناشئ عن خطأه([3]).

وإذا كان الوضع على النحو السابق بالنسبة للمشتري، فان الإشكالية التي يجب طرحها للبحث تتعلق بالبائع وما يمكن أن يترتب من آثار عندما يكون بائعا محترفا ومتخصصا بالنسبة لشروط ونطاق ضمان العيوب الخفية.

([1])Cass. 3e. civ., 27 Septembre 2000, D., n° 32, 20 Septembre 2001, p. 2628 et s., note Jean-Patrice STORCK.

([2])De LAMBERTERIE: Les techniques contractuelles Societiés par l'informatique, thèse, Paris II pantheon ASSAS, 1977, n° 164, p. 132.

D.L. BOHOUSSOU: l'obligation de ganantie dans les contrats relatifs a' l' informatique, th. préc, p. 59

د. محمد شكري سرور: مسئولية المنتج عن الإضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، ١٩٨٣، ص٤١ وما بعدها .

([3])Cass. 1er Civ., 8 avril 1986, RTD civ., 1987, p. 557, obs. Jerôme HUET.

حيث جاء فى الحكم أنه :

"A contraries, les défants ayant une arigine et une naissance postérieures à la vente ne sont pas garantis par le vendeur. Il en est de même de ceux resultant d'une utilization anormale de la chose".

والمعيار السابق هو ما تبناه المشرع المصري وذلك من خلال نص المادة ١/٤٤٧ من القانون المدني والتي جاء فيها أن:

«يكون البائع ملزما بالضمان إذاً لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشي أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده»، وتعليقا على الوضع في القانون المدني المصري، يذهب بعض الفقه إلى أنه: إذا كان نص الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ قد يوحى باقتصار حكمه على العيب بمعنى تخلف صفة، فان الرأي الغالب يذهب إلى تعميم هذا الحكم بحيث يجعل البائع ضامنا للعيب إلى حين التسليم في جميع الحالات، سواء أكان العيب آفة طارئة أو تخلف صفة كفلها البائع للمشتري، ولا وجه للتفرقة بين الحالتين فما من مبرر لان يكون البائع ضامنا لصفه كانت متوافرة وقت البيع ثم تخلفت وقت التسليم ولا يكون ضامنا لعيب لم يكن موجودا وقت البيع ووجد قبل التسليم، يضاف إلى ذلك أن وجود العيب ما هو إلا تخلف لصفة في المبيع هي صفة السلامة من العيوب الخفية، ولا يمكن القول بان البائع لا يكفل للمشتري توافر هذه الصفة في المبيع. أما ما ورد بالمذكرة الإيضاحية من أن المقصود بقدم العيب أن يكون موجودا وقت البيع فلا يمكن الأخذ به ما دام على خلاف مقتضى القياس[1].

---

[1] ما يجب ذكره في هذا الصدد أن المشرع المصري في القانون المدني السابق كان يتبنى معيارا مختلفا حيث أن المادة ٣٢٢ منه كانت تنص على انه:

لا يكون العيب موجبا للضمان إلا إذا كان قديما، والمراد بالعيب القديم الموجود وقت البيع في المبيع إذا كان عينا معينة أو العيب الموجود في المبيع وقت تسليمه إذا لم يكن عينا معينة". ويعلق بعض الفقه على ذلك بمقوله أن المشرع المصري قد اكتفى في القانون الجديد أن يكون العيب الموجب للضمان موجودا وقت التسليم ولم يشترط وجوده وقت البيع. ==

وبعد أن تناولنا بالبحث الشروط التي يتطلبها المشرع واستقر عليها الفقه والقضاء لتوافر العيب وسريان الضمان، فان السؤال الذي يطرح نفسه في مجال بحثنا هو مدى اعتبار فيروس الحاسب الآلي عيباً يمكن أن يتحقق به ضمان العيوب الخفية في ضوء الصعوبات الفنية التي يمكن أن تتطبق في هذا المجال.

قد يلجأ مصنعوا برامج الحاسب الآلي إلى حماية برامجهم بالإضافة إلى زيادة متحصلات استغلالها عن طريق وضع فيروس كامن في وحدة التحكم بأجهزة الكمبيوتر بحيث ينشط هذا الفيروس عند محاولة مستغل الجهاز عمل نسخ أخرى من البرامج الأصلية بما يؤدي في هذه الحالة إلى تدمير وإفساد وحدة التحكم ذاتها أو على أقل تقدير ذاكرة الجهاز بما عليه من معلومات وفي هذه الحالة فان جانبا من الفقه الفرنسي يذهب إلى اعتبار هذا الفيروس عيبا خفيا يتحقق به ضمان العيوب الخفية بكافة أحكامه، وفيروسات الحاسب الآلي يتحقق بها عناصر العيب الموجب للضمان فهو مؤثر دون شك ذلك أن مشتري البرنامج أو الكمبيوتر إذا علم بوجوده فلن يقدم على شراء المبيع أو على اقل تقدير سوف يشتريه بسعر أقل لأنه لن يحقق الغرض المقصود ويمنع المشتري من الاستفادة الكاملة أو الجزئية بالمبيع(1).

=وبذلك يكون المشرع قد نسق بين ضمان العيوب الخفية وبين تحمل تبعة الهلاك. فقد جعل البائع ضامنا للعيب الموجود بالمبيع وقت التسليم تمشيا مع ارتباط تبعة الهلاك بالتسليم، فالعيب يعتبر نوعا من هلاك المبيع باعتباره هلاكا جزئيا له.

(د. محمد حسن قاسم: القانون المدني، العقود المسماة (البيع – التامين (الضمان) – الإيجار – دراسة مقارنة – منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠٠٥، ص ٣٦٨ وما بعدها).

(1)F.J. PANSIER et E.JEZ: Initiation a I Internet juridique, éd. Litec, 2000, n 102, p-65 ets.

Ph. Le TOURNEAU: contrants informatiques et électroniques, Dalloz, 2é éd., 2002, p. 138 et s.

وإذا كان العيب يعتبر خفيا بوجه عام حسب القانون المصري إذا كان المشتري لا يعلمه أو لا يستطيع كشفه بمجرد فحص المبيع فحصا عاديا ، فان ذلك يتحقق بشكل أكثر دقة في مجال المعلوماتية وبرامج الحاسب الآلي فغالبا ما يتم الاستعانة بخبير في مثل هذه الحالات ورغم ذلك فلن يستطيع ذلك الخبير أن يقرر بسهولة وجود فيروس كامن من عدمه بما يجعل لهذا الأمر خصوصية من الناحية الفنية والقانونية.وفى هذا المجال يتأكد المشترى من خلال فحصه للمبيع من عدة أمور هى: سلامة الوسيط أو الدعامة المدون عليها البرنامج، والتأكد من أن البرنامج مرفق معه كافة الوثائق التى يكون أهمها شهادة الضمان الصادرة عن البائع والتى تضمن خلو المبيع من العيوب وان كان الواقع العملى قد أثبت لنا أن ذلك الضمان لايشمل ما قد يوجد من فيروسات، وأخيرا يتأكد المشترى من أن البرنامج أصلى وغير مقلد([1]). ومفاد ما سبق أن دور المشترى يقتصر على التأكد من الأمور السالف بيانها ولا يمكن أن يمتد ذلك إلى اكتشافه وجود فيروس حاسب من عدمه ذلك أن هذا الأمر هو أمر فنى فى المقام الأول يصعب كشفه حتى بالنسبة الى المتخصصين فى مجال المعلوماتية والشبكات وبرامج الحاسب الآلى، كل ذلك مع الأخذ فى الاعتبار عدم قصور علم المشترى بالعيب الموجود فى المبيع فى حد ذاته حتى يمكن القول بوجود عيب ظاهر يخرج عن نطاق ضمان البائع، بل يجب أن يمتد ذلك العلم الى كافة ما يمكن أن يترتب على وجود ذلك العيب بالمبيع بالنسبة الى المشترى([2]). وبالنسبة لقدم البيع في مجال المعلوماتية، فإن الاتجاه الأكثر قبولاً هو أن فيروس

([1])د. عزه محمود أحمد خليل: مشكلات المسئولية المدنية فى مواجهة فيروس الحاسب الآلى، دراسة مقارنة فى القانون المدنى والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٤، ص٩١.

([2])MICHEL ALTER: L'obligation de deliverance dans la vente de meubles corporels, these, Paris, 1972, p. 215 et s.

الحاسب الذى يصيب البرنامج لايمكن أن يكون إلا قديما ذلك أن مصنعو ومنتجو البرنامج إذا أرادو وضع فيروس تدميرى يجب أن يقوموا بذلك أثناء مراحل انتاج البرامج ذاتها وأنسب هذه المراحل هى مرحلة التصميم والبناء عند تحديد المشكلة المتعين إنتاج برنامج لها وادخال البيانات والمخرجات وتحليل نظم المعلومات المتعلقة بالبرنامج وفى تلك الأثناء تتم عملية ادخال الفيروس وكل ذلك بلا شك يسبق مرحلة التعاقد ببيع البرنامج أو حتى تسليمه الى المشترى([1]). فهناك من يرى أن فيروس الحاسب الآلي هو بطبيعة الحال مفترض وجوده قبل عملية البيع ذلك أن منتج برامج الحاسب يدخل العيب أثناء عملية التصنيع أي أن العنصر المتعلق بقدم العيب لن يثير مشاكل كثيرة مقارنة بالعناصر الأخرى اللازمة لسريان الضمان([2]). ونحن من جانبنا نرى أن افتراض مثل هذه القرينة هو أمر إيجابي في صالح المشتري خاصة عندما يكون مجرد مستهلك عادي يتعامل مع بائعين متخصصين في مجال هو صعب على المتخصصين أيضا وكل ما يمكن إثارته في هذه الحالة فقط هو الوقت المعول عليه في تحديد القدم هل هو وقت إبرام العقد أم وقت التسليم حسب التفصيل السابق بيانه.

المطلب الثانى
آثار ضمان العيوب الخفية فى مجال المعلوماتية

إذا توافرت الشروط التى تطلبها المشرع واستقر عليها القضاء بشأن العيب الخفى الموجب للضمان، فإن المشترى يتمتع بخيارات معينة يمكن أن يستفيد بأى منها مع مراعاة القيود التى فرضها المشرع علية

([1])د. عزه محمود أحمد خليل: مشكلات المسئولية المدنية فى مواجهة فيروس الحاسب الآلى، المرجع السابق، ص ٩٩.

([2])J. CLAVIEZ: Securite informatique et virus, ed EYROLLES, 1990, p. 122

وخاصة ما يتعلق منها بما يجب أن يتبع من إجراءات وخلال ميعاد سقوط معين لا يستطيع ممارسة حقه بمجرد انقضائه (الفرع الأول).

ولا يخفى على أحد ما يمكن أن تثيره العقود المتوالية والتى يكون محلها مبيع واحد من إشكاليات متعددة سواء ما يتعلق منها بممارسة أى من المشترين المتعاقبين للدعوى المباشرة أو لأية خيارات أخرى فى مواجهة بائع سابق أو ضد من تعامل معه بشكل مباشر وما يمكن أن تتأثر به الحقوق والالتزامات المتبادلة بالنسبة لما تم إدراجه بالعقود أو بأى منها من شروط معدلة لالتزامات أى من الأطراف (الفرع الثانى).

الفرع الأول
خيارات المشترى

رجوع المشترى على البائع يجد سنده فى المادة ٤٥٠ والتى أعطت له الحق فى الرجوع وفقاً للأحكام التى نصت عليها المادة ٤٤٣ من القانون المدنى والتى بينت ما يستحقه المشترى فى هذه الحالة. وحسب تعبير البعض فإن العلة من توحيد الحكم فى حالة استحقاق المبيع أو اكتشاف عيب خفى فيه أن المشترى يفقد الحيازة النافعة له فى أى من الحالتين[1].

وحيث كان ما سبق، فإنه يتعين الرجوع إلى المادة ٤٤٣ المشار إليها والتى تنص على أنه :

«إذا استحق كل المبيع كان للمشترى أن يطلب من البائع :

١- قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية فى ذلك الوقت.

٢- قيمة الثمار التى التزم المشترى بردها لمن استحق المبيع.

---

[1] د/ أحمد عبد العال أبو قرين: ضمان العيوب الخفية وجدواه فى مجال المنتجات الصناعية، دراسة تطبيقية فى بيوع الحاسب الآلى – المواد الخطرة، منتجات الصيدلة والكيماويات الطبية، بدون سنة نشر، ص ١١٤ وما بعدها.

٣- المصروفات النافعة التى لا يستطيع المشترى أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيئ النية.

٤- جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشترى يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة ٤٤٠.

٥- وبوجه عام، تعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو ما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع.

كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله».

ويجب التفرقة بين البائع الذي يجهل وجود العيب والبائع الذي يعلم به. فالأول ينحصر التزامه على ضمان الشي المبيع، وإذا وجد العيب وتم اكتشافه يكون ملتزما برد الثمن الذي تلقاه من المشتري عند فسخ العقد ولكنه لا يلزم بتعويضه عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك العيب. أما إذا كان البائع يعلم بالعيب فانه يكون سيئ النية ويلتزم تبعا لذلك برد الثمن وكذلك بتعويض المشتري عن الأضرار التي ألحقها العيب بأمواله الأخرى[1]. وما يجب أن نشير اليه فى مجال المعلوماتية وبرامج الحاسب الآلى الرأى الذى يذهب الى أن أحكام ضمان العيوب الخفية السابقة لن توفر للمشترى الحماية التى ينشدها، ويتحقق ذلك من أن أغلب البرامج المصابة بالفيروس تؤدى عملها بالكفاءة المطلوبة منها لمدة طويلة قد تطول الى مدى حياة البرنامج نفسه فى الوقت الذى يؤدى فيه الفيروس مهمته. ومفاد ذلك أن البرنامج المعيب لن يلحقه أى ضرر ولن يكون هناك فى هذه الحالة أضرارا تجارية بالمعنى الذى قصده المشرع فى قواعد ضمان العيوب الخفية بل على العكس من ذلك توجد أضرار جسيمة بسبب الفيروس الذى يحويه البرنامج الذى يؤدى عمله بشكل

---

[1] Cass. 1er Civ.. 23 Fevrier 1988, Gaz. Pal. 1988, p. 112.

كامل. وبناء على ماسبق فان تعويض المشترى عن البرنامج ككل وعن الاضرار الاقتصادية التى أصابت المشترى من العقد لن يحقق له الحماية التى سببها الفيروس فى حد ذاته كعيب فى البرنامج لأن الأضرار التجارية لن تساوى شيئا أمام الأضرار التى سببها فيروس لبرنامج المعيب(¹).

وفي تفسير الأحكام السابقة يذهب البعض إلى أن كتمان البائع للعيب يعد بمثابة تدليس يسأل البائع عن كافة نتائجه. وتمشيا مع هذه التفرقة، فقد قبل القضاء بقرينة أن البائع المحترف يفترض علمه بما يشوب المبيع من عيوب بكل ما يترتب على ذلك من آثار سواء بالنسبة لشروط العيب الموجب للضمان أو بالنسبة لما يلتزم البائع برده إلى المشتري. وتعليقا على هذا الحكم يذهب بعض الفقه إلى تأييده استنادا إلى انه يوفر للمشتري حماية لا يوفرها له التفسير الموسع لعبارة «المصروفات التي يوجبها البيع»، حيث أن هذا التفسير لا يسمح للمشتري بمطالبه البائع إلا بالخسارة التي لحقت به دون ما فاته من كسب(²).

وبالمقابل لذلك فان اعتبار البائع المحترف عالما بالعيب الموجود بالمبيع يسمح للمشتري أن يطالبه بالتعويض بكافة عناصره أي يدخل فيه ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة وسواء كان الضرر مادي أو أدبي. أضف لما سبق أن هذا التفسير هو الأكثر اتفاقا مع مفهوم فكره الاحتراف، وما ينبغى توافره في البائع المحترف من سمات شخصية بجانب خبرته في مجال يسمح له باكتشاف ما يوجد من عيوب، ويتعين عليه تبعا

(¹)د. عزه محمود أحمد خليل: مشكلات المسئولية المدنية فى مواجهة فيروس الحاسب الآلى، المرجع السابق، ص١٠٦.

(²)د. جابر محجوب علي: ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، دراسة في القانون الكويتي والقانونين المصري والفرنسي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة العشرون، العدد الثالث، سبتمبر ١٩٩٦، ص ٢٢٧.

لذلك إزالة ما يوجد بهذا المبيع من عيب فان لم يفعل ذلك يكون مخطئاً([1]). فضلا عن كل ما سبق، فان البائع المحترف يستطيع أن يلقى تبعات ما يحتمل على أشخاص آخرين كأن يبرم عقد تأمين من المسئولية عن آثار منتجاته مع إضافة أقساط التأمين إلى نفقات المشروع الخاص به أو أن ينقل بسهولة هذا العبء إلى جمهور المستهلكين لمنتجاته بإضافة ما يمكن أن يتحمل إلى عقد البيع([2]).

ولعل السؤال الذي يطرح نفسه للبحث في هذه الحالة يتعلق بمدى استفادة المشتري من هذه القرينة عندما يكون محترفا وليس مستهلكا عادياً([3]). ويتنازع الإجابة على هذا السؤال رأيان يذهب الأول منهما إلى أن قرينة علم البائع المحترف بعيوب المبيع هي قرينة لصالح المشتري المحترف شأنه شأن المشتري العادي يولى ثقته في البائع المحترف وبالتالي يجب انه يستفيد من القرينة المشار إليها. أما الرأي الثاني فيذهب إلى عدم تمتع المشتري المحترف بالحماية التي يوليها القضاء للمشتري عندما يكون مجرد مستهلك عادي، ومفاد ذلك عدم سريان القرينة في مواجهة المشتري

([1])Jean GATSI: Les contrats spéciaux, éd. ARMAND COLIN, 1998, p. 50 et s.
Cass com., 25 fevrier 1981, Bull civ., IV, n3, p.8 et s.

([2])د. جابر محجوب علي: ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص ٢٣١ وما بعدها .

([3])يجدر الإشارة إلى أن القضاء الفرنسى قد تردد فى مساواة المشترى عندما يكون مستهلك عادى مع المشترى المهنى فى الاستفادة من قرينة علم البائع بما يوجد بالمبيع من عيوب خفية.

فبعض الأحكام تستوجب ضرورة قيام المشترى المهنى بإثبات علم البائع بعيوب المبيع كشرط للحصول على الضمان وخاصة التعويض.

Cass. Civ., 18 décembre 1962, D. 1963, p. 114.

وأحياناً أخرى قررت المساواة بين المشترى كمستهلك عادى أو مهنى فى الاستفادة من القرينة المشار إليها.

Cass. Com. 21 Fevrier 1966. Bull. Civ., III, n° 109.

المحترف ويتعين عليه إذا أراد الحصول على تعويض أن يثبت سوء نية البائع وعلمه بما يوجد من عيوب بالمبيع ويرى أنصار هذا الرأي الأخير أن قرينة علم البائع بعيوب المبيع إنما تقررت للمشتري العادي نظرا لنقص خبرته الفنية، وتبعا لذلك فإذا توافرت لديه هذه الخبرة الفنية بسبب تخصصه واحترافه فلا يستفيد من هذه القرينة([1]).

وما يجب الإشارة إليه هو أن فكرة قرينة علم البائع المحترف بعيوب المبيع قد أثير خلاف فقهى بشأن قوة هذه القرينة. يذهب رأى إلى أن هذه القرينة قرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها إذ أن ذلك هو ما يمكن أن يتفق مع أحكام الحماية التى يوليها القضاء للمشترى عندما يكون مستهلك عادى.

أما الاتجاه الآخر فيذهب إلى أن هذه القرينة هى قرينة قضائية بسيطة يجوز إثبات عكسها إذا نجح البائع فى إثبات جهله بالعيب وهذا مقتضى العدالة فى الحماية.

ويذهب اتجاه ثالث إلى ضرورة التفرقة بين منتج الشئ المبيع وبائع هذا الشئ وتبعاً لهذه التفرقة تكون القرينة قاطعة بالنسبة للمنتج وبسيطة بالنسبة للبائع ([2]).

وأياً ما كان الأمر فإن الحق فى ضمان العيوب الخفية ينتقل من المشترى إلى الخلف العام والخاص له بحيث يستطيع ورثة المشترى أو خلفه

([1])حول هذه الآراء راجع :

د/ أسعد دياب: ضمان العيوب الخفية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ٢٣٥ وما بعدها.

([2])د. جابر محجوب علي: ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص ٢٤٤ وما بعدها .

الخاص الرجوع على البائع الأول مباشرة بدعوى ضمان العيب[1]. وما يجب الإشارة إليه فى هذا الصدد أنه يتعين على من ينتقل إليه الحق فى الضمان أن يأخذ فى اعتباره المواعيد الإجرائية المرتبطة بممارسة هذا الحق ومن بينها مثلاً موعد تقادم الدعوى بمضى سنة من تاريخ الاستلام الفعلى طبقاً للمادة ١/٤٥٢ من القانون المدنى، وكذلك يتعين عليه ضرورة إخطار البائع بوجود العيب خلال مدة معقولة بمجرد استلام المبيع وذلك إعمالاً لصريح نص المادة ١/٤٤٩ من القانون المدنى.

وما يجب ملاحظته فى هذه الحالة أن المشرع الفرنسى خلافاً للمشرع المصرى لم يكن يحدد مدة معينة بدقة لممارسة المشترى دعوى ضمان العيوب الخفية فى مواجهة البائع، ولكنه يتطلب فقط حسبما كانت تنص المادة ١٦٤٨ من القانون المدنى ضرورة رفع الدعوى خلال مدة قصيرة. وفى ضوء الانتقادات الحادة التى وجهت لعدم تحديد ميعاد معين والذى كان سبباً فى رفع كثير من المنازعات أمام القضاء وقد نشأ عن ذلك تضارب بعض الأحكام بحسب تقدير كل محكمة وبحسب الموضوع[2]. فقد ترتب على تلك الانتقادات تعديل تشريعى فى عام ٢٠٠٥ كان مفاده تحديد ميعاد رفع الدعوى بميعاد سنتين من تاريخ كشف

---

[1] د/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى (٤)، العقود التى تقع على الملكية، المجلد الأول، البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربى، بيروت، فقرة ٣٧٠، ص ٧٣٠ وما بعدها.

ويجب ملاحظة أن انتقال هذا الحق من المشترى إلى الخلف الخاص هو إعمال لنص المادة ١٤٦ من القانون المدنى والتى تنص على أنه :

«إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذا الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشئ إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشئ إليه».

[2] من أهم المقالات التى انتقدت النص السابق:

F. FOURMENT: Defauts cachés de la chose vendue: que reste-t-il de l'action en garantie des vices cachés?, RTD com. 1997, p. 395 et s.

العيب([1]). ونحن من جانبنا نرى أن النص الفرنسى الحالى أفضل من النص المصرى من ناحية بدء سريان الميعاد من تاريخ كشف العيب وليس من تاريخ تسليم المبيع وهذا بلا شك يمثل حماية وضمانة أقوى للمشترى.

الفرع الثانى

الإشكالية الخاصة بالعقود المتتالية

إن هذه المشكلة تثور بالنسبة لمجموعة العقود المتتالية والتى يكون محلها مبيع واحد يتم تداوله من شخص إلى آخر وهكذا حتى تصل فى النهاية إلى يد المستهلك العادى. والسؤال الذى يطرح نفسه فى هذه الحالة يتعلق بتحديد طبيعة المسئولية المدنية التى يستطيع أن يرجع بها المتعاقد على من تعاقد معه مباشرة أو على المتعاقد الأول فى هذه السلسلة من العقود. هل يكون أساس الرجوع هو المسئولية العقدية أم أن نطاق هذه الأخيرة يقتصر على العلاقة التعاقدية المباشرة فقط، أما المضرور فلا يستطيع الرجوع على المسئول الأول إلا عن طريق المسئولية التقصيرية.

يذهب البعض إلى أن المسئولية التقصيرية هى الأساس بل الشريعة العامة للمسئولية المدنية([2])، وبناء على ذلك وحيث إن المسئولية العقدية أضيق نطاقاً إذ أن آثارها تقتصر فقط على العلاقات المباشرة بين طرفى العقد نفسه، وحيث إن المضرور والذى لم يكن طرفاً مباشراً فى

([1])تم تعديل المادة ١٦٤٨ بموجب القانون رقم ١٣٦ لسنة ٢٠٠٥ بتاريخ ١٧ فبراير ٢٠٠٥، المادة (٢)، منشور بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٨ فبراير ٢٠٠٥ وتنص المادة بعد التعديل على أنه:
"L'action résultant des vices rédhibitoirer doit être intentée par l'acquéreur dans une délai de deux ans à compter de la découverte du vice.
Dans le cas prévu par l'article 1642-1, l'action doit être introduite, à peine de forclusion, dans l'année qui suit la date à la quelle le vendeur peut être déchargé des vices apparents".

([2])د. سعيد جبر: الضمان الاتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع، دار النهضة العربية، ١٩٨٥، ص ١٠٠ وما بعدها .

تكوين هذا التصرف القانونى، فلا يستطيع أن يرجع على المسئول طبقاً لأحكام المسئولية العقدية ولا يكون أمامه من سبيل سوى الأحكام الخاصة بالمسئولية التقصيرية.

وبناء على هذا الرأى فإن المضرور فى سلسلة العقود المتتالية – بعيداً عن العلاقة العقدية المباشرة- يُعد من الغير بالنسبة لباقى العقود ذاتها([1]). وفى سبيل توفير حماية أكثر للطرف المضرور فقد أضاف أنصار ذلك الرأى تفسير مؤداه أن إخلال أى من المتعاقدين فى سلسلة العقود المتتالية بأية التزامات عقدية مفروضة عليه، تمثل بالنسبة للمضرور عندما يكون خارج العلاقة المباشرة خطأ تقصيرى فى ذات الوقت والأثر المترتب على ذلك التفسير يتعلق بالإثبات ذلك أن المضرور فى هذه الحالة يكفيه فقط إثبات أن المسئول قد أخل بأحد الالتزامات العقدية المفروضة عليه وأن ذلك يشكل خطأ تقصيرى فى جانبه يستوجب تطبيق الضوابط الخاصة بأحكام المسئولية التقصيرية([2]).

وبالمقابل للرأى السابق، نجد اتجاهاً آخر يرى أفضلية توحيد النظام القانونى لأساس الرجوع بالنسبة للعقود المتتالية ذات الهدف المشترك والتى يكون محلها مال واحد. وينتهى هذا الرأى إلى أن نطاق وأساس الرجوع فى المجموعة العقدية الواحد هو المسئولية العقدية سواء تم هذا الرجوع من جانب المتعاقد مع المسئول مباشرة أو أى من المتعاقدين الآخرين ([3]).

وتأييداً لذلك الاتجاه الأخير، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن دعوى المسئولية التى يقوم برفعها المالك الأخير للمبيع ضد البائع

([1])JERÔME HUET: Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, Essai de delimitation entre les deux, thèse, Paris, 1978, n° 459, p. 420 et s.

([2])DANIEL MAINGUY : Contrats spéciaux, éd. Dalloz, 1998, n° 196 et s. p. 147 et s.

([3])B. TEYSSIE: Les groupes de contrats, Thèse, Montpellier, 1975, 241 et s.

الأصلى، أو المنتج بسبب وجود عيب فى المبيع لا تكون إلا من طبيعة عقدية ([1]).

وتفسيراً لانتقال الحق فى الدعوى المباشرة إلى المشترى الأخير فى مواجهة البائع الأول يذهب اتجاه فقهى إلى أن انتقال الحق فى الدعوى المباشرة إلى المشترى الأخير للشئ المبيع ليمارسها فى مواجهة البائع الأول تستند إلى أن الدعوى المباشرة هى حق أو دين ينتقل بالتتابع إلى كل مشتر أو مكتسب للمبيع أو تعتبر من ناحية أخرى من ملحقات الشئ المبيع فتنتقل معه. ويرى صاحب هذا الرأى أن تفسيره يجد سنده فى المادة ١٦١٥ من القانون المدنى الفرنسى التى نظمت أحكام تسليم المبيع حين نصت على أن الالتزام بتسليم الشئ المبيع يشمل ملحقاته وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله، وحيث إن دين الضمان هو دين عينى لصيق بالمبيع ذاته فهو ينتقل معه من مشتر إلى آخر باعتباره من ملحقاته([2]).

([1])Cass. 1er civ., 4 Mars 1986, Bull. Civ. I, n° 57, p. 53.

حيث جاء فى الحكم أنه :

«L'action directe dont dispose le sous – acquereur contre le fabricant, ou vendeur intermediaire, pour la garantie du vice caché affectant la chose vendue dès sa fabrication, est nécessairement de nature contractuelle».

وقد تأيد ذلك القضاء فى حكم آخر :

Cass. 1er civ., 1er Auôt 1988, Bull. Civ., I, n° 69, p. 46.

([2])Ph. MALINVAUD: L'action directe du mâitre de l'ouvrages contre les fabricants et fournisseurs de materiaux et composants, D. 1984, p. 41 ets.

حيث قال:

«L'action directe est une creance cede successivenest à chaque acqureur avec la chose, comme un accessoire de celle-ci».

المطلب الثالث

التعديل الاتفاقى لنطاق ضمان العيوب الخفية فى مجال المعلوماتية

طبقاً للمادة ١٦٤٣ من القانون المدنى الفرنسى يلتزم البائع بضمان العيوب الخفية فى المبيع ولو كان يجهلها، ما لم يكن قد اشترط فى هذه الحالة عدم التزامه بأى ضمان(١).

وترتيباً على ذلك إذا ثبت أن البائع كان يعلم بالعيب وقت البيع فإن هذه الشروط لا ترتب أية آثار بالنسبة لإنقاص الضمان الملقى على عاتقه أو إسقاطه عنه.

وتمشياً مع الغالب لدى الفقه والقضاء الفرنسى، وتبعاً لإعمال قرينة علم البائع المحترف بعيوب المبيع فلا يجوز لهذا الأخير أن يدرج مثل هذه الشروط فى عقوده وإذا قام بإدراجها فإنها تكون باطلة ولا يعتد بها(٢).

---

(١)تنص المادة ١٦٤٣ مدنى فرنسى على أنه:
"il est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipule qu'il ne sera oblige à aucune garantie".

(٢)د/ جابر محجوب على: ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابع، ص ٢٦١.

ويؤكد ذات وجهة النظر ما تنص عليه المادة ١/٣٥ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٨ بشأن إعلام وحماية المستهلك والتى تنص على أنه:

«فى العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، يكون لمجلس الدولة – بعد أخذ رأى لجنة الشروط التعسفية – ومع مراعاة طبيعة الأموال والخدمات محل التعاقد، أن يصدر مراسيم بقصد تحريم أو تحديد أو تنظيم الشروط المتعلقة بالصفة المعنية أو القابلة للتعيين، والوفاء به، ومتانة الشئ، وتسليمه، وتحمل التبعة، ونطاق المسئولية والضمان، وشروط تنفيذ العقد وتجديده وإنهائه أو فسخه، إذا تبين أن هذه الشروط قد فرضت على غير المهنيين أو المستهلكين نتيجة تعسف الطرف الآخر فى استخدام قوته الاقتصادية، وأنها قد منحت هذا الأخير ميزة مبالغ فيها».

ومن أجل وضع النصوص القانونية التى أشار إليها قانون الإعلام وحماية المستهلك الفرنسى الصادر فى ١٠ يناير ١٩٧٨ موضع التنفيذ، فقد صدر بتاريخ ٢٤ مارس ١٩٧٨ المرسوم رقم ٤٦٤/٧٨ بشأن تطبيق الفصل الرابع من القانون المشار إليه والتى نصت المادة الثانية منه على أنه:

«فى العقود المبرمة بين المهنيين، من ناحية، وغير المهنيين أو المستهلكين، من ناحية أخرى، يحرم باعتباره تعسفياً وفقاً لنص المادة ١/٣٥ من القانون المشار إليه، الشرط الذى يكون موضوعه أو أثره إنقاص أو إسقاط حق غير المهنى، أو المستهلك فى التعويض عند إخلال المهنى بأى من التزاماته».

فضلاً عن ذلك، فإن المادة الرابعة من ذات المرسوم قضت بعدم جواز سريان الضمان العقدى إلا إذا ذكر الطرف المهنى بوضوح أنه يلتزم بتحمل جميع النتائج المترتبة على العيوب الخفية للمبيع. ومفاد ذلك حسب تفسير البعض أنه ليس للبائع أن يدرج بالعقد شرطاً يكون مقتضاه إنقاص الضمان أو إسقاطه([1]).

وتعليقاً على القانون والمرسوم الصادر تنفيذاً له والمشار إليهما آنفاً، رأى البعض ضرورة بيان المقصود بكل من «المستهلك» و «المهنى» حيث إن وجود اختلاف فى تعريفهما يكون له أثر بالنسبة لنطاق البطلان الذى تضمنته النصوص السابق عرضها. وقد ذهب البعض إلى أن اللفظين مترادفين ويقصد بأى منهما المستهلك العادى، وترتيباً على ذلك التفسير فلا ينصرف النص للعقد المبرم بين مهنيين ولو كانوا مختلفين فى مجال التخصص أى بقاء الشروط صحيحة.

([1])Ph. DELEBECQUE: Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, thèse, Aix-Marseille III, 1981, n° 200, p.205 et s.

أما البعض الآخر فيذهب إلى توسيع نطاق الحماية انطلاقاً من أن المستهلك العادى هو من يقبل على الشراء من أجل إشباع حاجاته وحاجات أسرته. أما غير المهنى فهو من يشترى أشياء يحتاج إليها فى ممارسة مهنته ولكنه يمارس تخصص مختلف عن تخصص البائع وبذلك تسرى الحماية وتكون الشروط باطلة سواء كان العقد قد تم إبرامه بين محترف ومستهلك عادى أو بين محترف ومحترف آخر ولكن التخصص مختلف بالنسبة لكل منهما([1]). وما يجب الإشارة إليه أن محكمة النقض الفرنسية قد أخذت بخلاف الرأى الأخير حين انتهت إلى أن بطلان الشروط التعسفية لا يجوز التمسك بها إذا كان كل من طرفى العقد محترف فى مجاله([2]). وقد أيد البعض هذا الاتجاه القضائى الأخير استناداً إلى أنه «يتفق مع التوجيه الأوروبى الصادر فى ١٥ أبريل ١٩٩٣ الخاص بالشروط التعسفية، والذى يعرف فى مادته الثانية المستهلك بأنه (كل شخص طبيعى يتصرف لتحقيق أغراض لا تدخل فى نشاطه المهنى). ومن ناحية أخرى، لأن حصر الحماية فى هذا المستهلك هو الذى يحقق الهدف الذى أراده المشرع. فالشارع أراد توفير الحماية للمستهلك لأنه طرف ضعيف تنقصه الخبرة، وليست لديه الدراية الفنية اللازمة لتقدير احتمالات العيب ونتائجه، وبالتالى يسهل أن يقع فريسة للبائع المهنى الذى يفرض عليه شروطاً تعسفية. ومثل هذه العناصر لا تتوافر لدى المشترى المهنى، ولو كان من تخصص مختلف. ومحاولة مد حماية

([1])لمزيد من التفاصيل حول هذه الآراء، راجع د/ جابر محجوب على: ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص ٢٧٠ وما بعدها.

([2])Cass. 1er civ. 24 novembre 1993, JCP, éd. E. 1994, p. 593, note. L. LEVENEUR.

المستهلك لهذه الطائفة الأخيرة تفقد هذه الحماية المعنى الذى اتجهت الإرادة الشارعة إلى تحقيقه»([1]).

سلسلة العقود المتتالية فى ضوء التعديل الاتفاقى :

لعل السؤال الذى يطرح نفسه بالنسبة للشروط الاتفاقية المحددة أو المعفية من المسئولية عن ضمان العيوب الخفية يتعلق بمجموعة العقود المتتالية ذات الهدف المشترك والتى تتعلق بمحل واحد. وهذا السؤال هو عندما يوجد أى من هذه الشروط فى عقد أو أكثر من هذه الطائفة ولا يوجد فى عقد أو أكثر من الباقين فكيف يمكن تفعيلها وما هو نطاق إعمالها. وبمعنى آخر ما هو المدى الذى يستطيع من خلاله أن يتمسك المسئول بشروط التحديد أو الإعفاء فى مواجهة المضرور خاصة إذا كان المضرور لم يعلم بها من خلال عقده أو كان يعلم بها ولكنه لم يقبلها وحذفها من بنود العقد الخاص به.

للإجابة على هذا التساؤل ذهب رأى إلى أن من حق المسئول أن يتمسك بالشروط الاتفاقية التى أدرجها فى عقده سواء فى مواجهة من تعاقد معه مباشرة أو فى مواجهة أى متعاقد آخر من ذات المتعاقدين فى هذه العقود المتتالية وذلك هو الأصل العام بصرف النظر عما إذا كان أحد المتعاقدين المتتالين لم يعلم بهذه الشروط أو لم يقبلها([2]).

وعلى العكس مما ذهب إليه الرأى السابق، يتجه البعض الآخر إلى أنه ولئن كان للمسئول أن يتمسك بما جاء بالعقد من شروط مخففة أو معفية أو مُحددة لمسئوليته فى مواجهة من يتعاقد معه إلا أن ذلك مقيد بأن يكون الطرف الآخر قد علم بهذه الشروط بل وقبلها أيضاً وذلك

([1])د/ جابر محجوب على: ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص٢٧٢ وما بعدها.

([2])ALAIN BENABENT: note sous cass. civ., Ass. Plen., 7 Fevrier 1986, D. 1986, p. 293 et s.

انطلاقاً من أن هذه الشروط هى شروط ذات طابع خاص فيما يترتب عليها من آثار ولا يمكن تفعيلها أو التمسك بها إلا فى مواجهة من علم بها وقبلها. ويضيف صاحب هذا الرأى أن النتيجة المنطقية والعملية لهذا التفسير هى أن قبول دعوى المسئولية العقدية المباشرة فى حالة العقود المتتالية لا يجب أن يترتب عليه عدم الاعتداد بمثل هذه الشروط([1]).

وما يجب الإشارة إليه فى هذا الصدد هو الحالة التى يكون فيها أحد أطراف العقود المتتالية مستهلك عادى تعاقد مع محترفين متخصصين فى مجال المعلوماتية والشبكات، فهل يتم إعمال كافة القرائن والضمانات التى اتفق عليها غالبية الفقهاء واستقرت عليها أحكام القضاء وإلى أى مدى. وبمعنى آخر وعلى سبيل المثال بالنسبة للمبدأ القاضى باعتبار شرط التحديد أو التخفيف أو الإعفاء من المسئولية وكأنه غير مكتوب بالعقد حماية للمستهلك العادى عندما يدخل فى علاقة عقدية مع محترفين ومتخصصين فى مجال مهنى معين لا يتوافر لديه الإلمام الكامل بنواحيه الفنية والعملية وما به من تعقيدات.

وهذا الأمر كان محل خلاف فقهى بين مؤيد ومعارض، فيذهب رأى إلى أن مجرد دخول مستهلك عادى فى سلسلة من العقود المتتالية ذات الهدف المشترك وذات المحل الواحد لا تسقط حق المتعاقد المحترف فى التمسك بالشروط الاتفاقية المحددة أو المعفية لمسئوليته وذلك انطلاقاً من أن هذه الشروط بدأت صحيحه وكانت منتجة لكافة آثارها فى مواجهة المتعاقدين المحترفين فلا يكون من المقبول إبطالها وعدم الاعتداد بها لمجرد دخول مستهلك عادى فى هذه السلسلة المتعاقبة من العقود وذلك باعتبارها وحدة واحدة متكاملة غير قابلة للتجزئة([2]).

([1])D. DELAVAL: La responsabilité du créateur de logiciel et ses limites, GAZ. Pal., 1992, p. 284 et s.

([2])Ch. LARROUMET: note sous cass. 1er., civ., 21 Jun 1988, D., 1989, p. 5 et s.

وبالمقابل لما سبق، يذهب الرأى الراجح إلى أن مبدأ حماية المستهلك العادى هو المبدأ الأولى بالرعاية عندما نكون بصدد سلسلة من العقود المتتالية، ويكون أحد المتعاقدين أو بعضهم مستهلك عادى. ومفاد ذلك أنه لا يجوز للمتعاقد المتخصص أن يتمسك بشروط التحديد أو الإعفاء من المسئولية فى مواجهة المستهلك العادى وذلك إعمالاً للحماية التى استقر عليها القضاء ونص عليها فى بعض الأحيان المشرع بنصوص صريحة([1]) ونحن من جانبنا نؤيد هذا الاتجاه الأخير خاصة وأنه لن يمكن الاعتراض عليه بمقولة أن هذه الطائفة من العقود وحده أو مجموعة واحدة لا يمكن تجزئتها ذلك أن إعمال هذا الشرط سيكون فى أضيق النطاق ولن يستفيد منه سوى المستهلك العادى فقط مع بقائه صحيحاً فى مواجهة باقى الأطراف من المتخصصين بكل ما يترتب على ذلك من آثار.

المبحث الثانى
المشكلات الخاصة بضمان المطابقة

يجب أن نشير منذ البداية أن العيب الخفى وعدم المطابقة لا يعتبران عيب واحد نظراً لأنهما متطابقان فلكل واحد منهما أساس مختلف وآثار غير متطابقة. ويمكن القول بأن عدم المطابقة فى مجال المعلوماتية وبرامج الحاسب الآلى يقصد به أن المبيع الذى تم تسليمه للمشترى ليس هو المبيع ذاته المتفق عليه وقت إبرام العقد ذلك أنه لا يطابق الاحتياجات التى عول عليها المشترى وأقدم على التعاقد من أجلها.

فضلا عن ذلك فان التفرقة بين العيب الخفى وعدم المطابقة أمر يصعب فى كثير من الأحيان وذلك فى مجال المعلوماتية والشبكات ولا

([1])Geneviève VINEY : L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats, Melanges, Holleraux, 1990, p. 421 et s.

أدل على ذلك من الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية - الدائرة التجارية - والتى انتهت فيه إلى أن حكم محكمة الاستئناف قد أخطأ فى تطبيق القانون حين اعتبر أن عدم كفاءة أجهزة الكمبيوتر وقطع الغيار محل التعاقد لأداء وظائفها يتحقق به مفهوم عدم المطابقة الناشئ عن التزام البائع بالتسليم وحيث إن المشرع لم يحدد موعد للتسليم يجب أن يتم خلاله فتبقى الدعوى قائمة ويتعين على البائع الالتزام بالضمان.

وقد نقضت محكمة النقض هذا الحكم بسبب خطأ محكمة الاستئناف فى تحديد أساس الضمان وذلك تأسيساً على أن عدم أداء الأجهزة لوظيفتها يجب أن يفسر على أنه عيب خفى ويتعين إعمال أحكام ضمان العيوب الخفية وليس أحكام الضمان الناشئ عن عدم المطابقة[1]. وهذا الجدل القضائى يؤكد الصعوبة الفائقة فى تحديد الأساس القانونى للضمان والتقارب الشديد بين مفهوم كل من العيب الخفى وعدم المطابقة.

وترتيباً على ما سبق، وأمام التقارب الذى قد يصل – لدى البعض – إلى حد التطابق يتعين أن نبين مفهوم الالتزام بالمطابقة بوجه عام (المطلب الأول)، ثم نحاول إزالة ما قد يوجد من لبس بينه وبين العيب الخفى من خلال (المطلب الثانى) وذلك كما يلى.

المطلب الأول

مفهوم الالتزام بالمطابقة فى مجال المعلوماتيه

المستقر عليه تشريعاً وقضاءاً وفقها أنه لا يمكن إجبار المشترى على استلام شئ غير المبيع المستحق ولو كان مساو له فى قيمته أو حتى كانت قيمته تزيد عليه. وبناء على ذلك يتعين أن يكون المبيع مطابقاً

---

[1]Cass. Com. 24 April 2007, Bull. Civ., V, n° 5.

للشروط العقدية المتفق عليها والتى تمثل أحد العناصر الجوهرية لالتزام البائع بالتسليم وذلك إعمالاً لصريح نص المادة ٤٣١ من القانون المدنى والتى تنص على أنه: «يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع»([1]). وعند إخلال البائع بالمفروض عليه من التزام يكون للمشترى ممارسة حقه الطبيعى فى الرجوع عليه طبقاً لأحكام المسئولية المدنية والضمان الذى يمكن إثارتهما فى هذه الحالة.

وحتى يمكن القول بوجود عدم مطابقة للمبيع يسرى به التزام البائع بالضمان، فيجب أن يكون المبيع المسلم للمشترى غير المبيع المتفق عليه بالعقد. وتحديداً لذلك الأمر فقد قيل بأن المبيع غير المطابق هو الذى لا يتفق مع المعايير المتعارف عليها والخاصة بالأمان والإدارة، فضلاً عن غيرها من المعايير التى تؤثر فى عملية الشراء والتى لو تخلفت منذ البداية لتغير معها موقف المشترى([2]).

ويجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد تعريف تشريعى محدد لعيب عدم المطابقة وفى ظل هذا الغياب التشريعى يكون المجال مفتوحاً للفقه والقضاء لوضع مفهوم محدد لهذا العيب بالنظر لأهمية ما يترتب عليه من آثار فى الالتزام المفروض على البائع والضمان المقرر لمصلحة المشترى. ويتجه البعض إلى أن المقصود بالمطابقة ليس فقط مجرد نقل حيازة المبيع من البائع إلى المشترى بل يجب النظر إلى ما يسعى إليه المشترى من أهداف من وراء عملية الشراء. وفى مجال المعلوماتية على سبيل المثال لا الحصر فإن برامج الحاسب الآلى يجب أن تحقق الاستفادة التى يسعى إليها مستخدمها بحسب تخصصه واحتياجاته فالمستشار القانونى تختلف

([1])يقابل هذه المادة نص المادة ١٢٤٣ من القانون المدنى الفرنسى والتى تنص على أن:
"Le creancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande".
([2])T. Van OVERSTARAETEN: Le problème de l'an 2000, Les recours contractuels, Actes du colloque organisé par Info Topics à Diegem le 21 Octobre 1998, p. 12 et s.

احتياجاته الفنية عن المحاسب المالى وعن الاستشارى الهندسى وهكذا. وتبعاً لما سبق يجب التفرقة بين عدم المطابقة التى ترجع إلى طبيعة المبيع نفسه، وبين عدم المطابقة التى تستند إلى نصوص عقدية صريحة. فبالنسبة للنوع الأول تتحقق عدم المطابقة فيه بمجرد وجود عيوب بالمبيع بصرف النظر عن احتياجات المشترى التى يسعى إليها من عملية البيع. وبالمقابل لذلك تتحقق عدم المطابقة العقديه التى تستند لبنود صريحة فى عقد البيع عندما لا يستطيع المبيع تحقيق احتياجات المشترى(1).

فضلاً عما سبق، فإنه يتعين التفرقة بين عدم المطابقة لسبب يرجع إلى عناصر ذاتية فى برنامج الحاسب وبين عدم المطابقة بسبب عناصر خارجية عن البرنامج ذاته. فعلى سبيل المثال يمكن إثارة الحالة الأولى عندما يكون البرنامج مشتملاً على عيوب فى الصنع ويتحقق نفس الأمر عندما يكون البرنامج محل التعاقد برنامج ناقص إذ أنه فى هذه الحالة لا يمكن أن يحقق احتياجات المشترى بشكل يعطيه الحق فى الرجوع على البائع بالضمان(2). ويجب الأخذ فى الاعتبار أن تقدير عدم المطابقة من عدمه أمر ليس باليسير على الخبراء المعنيين بذات المجال، لذلك يستعين القضاء فى حالة وجود أى نزاع قضائى بخبراء متخصصين، وتيسيراً على القضاء وخاصة عند غياب الشروط العقدية المحددة للمبيع فيمكن أن يسترشد القاضى بالمعايير التالية: معيار الحد الأدنى من الفاعلية التى يتعين أن يحققها البرنامج، والمعيار الثانى يتعلق بمدى احتياجات المشترى من البرنامج. وتبعاً لذلك قضى بأن المعيار الأول يتحقق عندما لا يقوم البرنامج بما يمكن أن يقوم به المشترى بيده بشكل عادى، وتبعاً للمعيار الثانى يكون مقبولاً وجود حد من التسامح فى قلة

(1)M. PRETNAR: Le service et le suivi du logiciel, th. préc., p. 168 et s.
(2)Hubert BITAN: Contrats et litiges en informatique la déliverance du logiciel, PUAM (presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1er éd., 1996, p. 78 et s.

الاحتياجات التى يبتغيها المشترى وهى نسبة من ٢ : ١٠٪ لا يقبل أكثر منها([1]).

وفيما يتعلق بالعناصر الخارجية للبرنامج والتى يمكن أن يتحقق منها القاضى فهى تتوقف أساساً على احتياجات المشترى التى يحددها وهنا يجب الأخذ فى الاعتبار بما إذا كان العقد قد اشتمل أو ألحق به قائمة الشروط والمواصفات المتعلقة بالمبيع وفى هذه الحالة يكون دور القضاء أسهل إذ أن مجرد تخلف أى من الشروط والمواصفات المتفق عليها يتحقق بها عدم المطابقة دون منازعة([2])، أما إذا لم توجد هذه القائمة فيصعب إثبات ذلك الأمر بحسب ما إذا كان المعيار الذى سيأخذ به القاضى هو معيار شخصى يختلف بحسب كل متعاقد على حده أم معيار موضوعى بحسب احتياجات الرجل العادى.

وأياً ما كان الأمر فقد قضى بأن التزام البائع بالضمان فى أى من حالات عدم المطابقة السابقة يبقى قائماً وذلك بصرف النظر عن طبيعة العميل (المشترى) سواء كان مهنى متخصص أو غير متخصص، وترتيباً على ذلك يكون للمشترى الحق فى طلب فسخ العقد فضلاً عن استطاعته المطالبة بالتعويض خلال المدة القانونية وبحسب طبيعة العقد سواء كان عقد مدنى أو تجارى([3]).

وفى سبيل إثبات المطابقة أو عدم المطابقة فقد قيل بأنه «إذا اشتمل العقد على مسائل فنية، أو تفصيلية، أو جداول بالمواصفات أو المقايسات، أو الكميات، أو المواعيد، تعين على محرر العقد بيان ذلك والإشارة إليها فى بنود العقد الأصلى، وتعد الملاحق المذكورة جزءاً لا يتجزأ من العقد يتعين حال النزاع فى تفسيره الالتجاء إليها».

([1])C.A. Paris, 1er ch. 14 avril 1988, Juris-Data, n° 22539.
([2])Cass. Com. 11 mai 1999, EXP., 1999, p. 268.
([3])C.A. Paris, 16 janvier 1998, EXP., 1998, p. 295, note J. BERTRAND.

المطلب الثانى

صعوبة التمييز بين ضمان العيوب الخفية وعدم المطابقة

بداية يجب أن نشير إلى أن البعض يرى أن المطابقة بالنسبة للمبيع يجب أن ينظر إليه من منظورين، الأول مادى والآخر وظيفى، ولا يثير النوع الأول جدلاً من طابع خاص إذ أنه يمكن استنتاجه بسهولة بالرجوع إلى العقد وشروطه وما تم تحديده من خلال المواصفات الخاصة بالمبيع والتى يتعين أن يتم تسليمه مطابقاً لهذه المواصفات(1). أما الجانب الوظيفى فهو الذى يظهر خصوصية المشكلة وصعوبة التمييز بين عدم المطابقة والعيب الخفى، فالمنظور الوظيفى لعدم المطابقة طبقاً لهذا التفسير هو عدم إمكانية أن يؤدى الشئ المسلم للمشترى الغرض الذى تم الشراء من أجله. وبالنظر لهذا الأمر نجده يتطابق من الناحية العملية مع التعريف المستقر عليه للعيب الخفى والذى بمقتضاه يصبح المبيع غير منتج من الناحية العملية، لأنه لن يحقق الغرض منه أو سيحققه ولكن بشكل أقل مما سعى إليه المشترى. وخلاصة هذا الاتجاه أن عدم المطابقة من منظور وظيفى يتطابق تماماً مع مفهوم العيب الخفى(2).

وبالمقابل للاتجاه السابق، نجد رأياً آخر يذهب إلى أن عدم المطابقة والعيب الخفى الموجود بالمبيع لا يتطابقان فلكل منهما دعوى بأساس وسبب مختلف، الأمر الذى ينتفى معه التطابق(3).

واتساقاً مع ما سبق، قضى بأن عدم المطابقة الذى يسرى معه الضمان يتحقق عندما لا يتطابق الشئ المسلم للمشترى مع المبيع المتفق عليه بالعقد أو بكراسة الشروط والمواصفات وذلك بصرف النظر عما

---

(1)Cass. 1er civ., 13 octobre 1993, Droit de l'informatique et des télécoms, 1994, n° 2, p. 23 ets., note P. MARTINEZ.

(2)A. BENSOUSSAN: Informatique et télécoms, reglementations, contrats, Fiscalité, reséaux, éd. FRANCIS LEFEBVRE, 1997, n° 525 et s., p. 189 et s.

(3)C. ATIAS: La distinction du vice caché et de la non-conformité, art. préc., p. 266.

إذا كان به عيوب أم لا([1]). ويضيف الفقه الفرنسى أن التمييز بين العيب الخفى وعدم المطابقة يجد له آثار هامة من الناحية العملية، إذ أنه فى حالة وجود عيب ظاهر يجوز للمشترى ممارسة حقه فى التقاضى من خلال دعوى الضمان استناداً لعدم مطابقة المبيع وليس دعوى ضمان العيوب الخفية([2]).

وفى سبيل التمييز بين عدم المطابقة والعيب الخفى ذهب رأى إلى أن ما يميز بين الاثنين هو عملية تسليم المبيع، فإذا كان العيب موجود قبل عملية التسليم يكون التزام البائع بالضمان مؤسساً على عدم المطابقة، وإذا أثير الأمر بعد عملية التسليم يكون العقد بما يترتب عليه من آثار قد دخل فى نطاق العيوب الخفية([3]). وينتقد البعض معيار التسليم للتمييز السابق على سند من القول بأن هذا المعيار هو فى الواقع نظرى أكثر منه عملى، ذلك أنه لم يراع التوجه الحديث لحماية المشترى باعتباره مستهلكاً، لأنه بالمفهوم السابق يسير فى الاتجاه المعاكس بهدف حماية البائع. فضلاً عن ذلك فلا يمكن قبول المعيار السابق على إطلاقه، ذلك أنه من الممكن أن يثار الضمان الخاص بعدم المطابقة بعد عملية الاستلام حيث يتعين النظر إلى ما سعى إليه المشترى من وراء عملية البيع، فإن اتضح أن المبيع الذى تم استلامه يتحقق معه مفهوم عدم المطابقة فلا يقبل القول بأن المشترى ليس له إلا أن يباشر حقه فى الرجوع من خلال دعوى

([1])Cass. 3e civ., 21 Fevrier 1990, D. 1990, p. 277, note H. DUBOIS.

حيث جاء فى الحكم أنه :

"La non- conformité suppose que la chose différente de celle qui a été convenue et peu importe qui elle ne presente aucun défaut".

([2])F. COLLART-DUTILLEUL et ph. DELEBECQUE: Contrats civils et commerciaux, op. cit., n° 315 et s., p. 266 et s.

([3])Jerôme HUET: Les principaux des contrats spéciaux, éd. L.G.D.J., 2001, n° 1125, p. 228 et s.

ضمان العيوب الخفية فقط لمجرد أن عملية التسليم قد تمت، إذ أن ذلك كله يتنافى مع المنطق القانونى السليم(١).

وفى مجال المعلوماتية فقد استقرت محكمة النقض الفرنسية على أن سوء صنع المبيع المسلم للمشترى يُعد سبباً لعدم المطابقة وليس عيباً خفياً(٢). وتعليقاً على هذا الحكم يذهب البعض إلى أن عدم المطابقة أوسع من حيث المفهوم من العيب الخفى، ذلك أن العيب الخفى يمكن أن يكون سبباً لعدم المطابقة والعكس غير صحيح، فعدم المطابقة لا يتحقق معه عناصر العيب الخفى(٣). وأياً ما كان الأمر فإذا توافرت شروط الرجوع بالضمان لكلا الأساسين فى وقت واحد، فللمشترى أن يختار أى منهما حسبما يحقق مصلحته مع الأخذ فى الاعتبار بالمواعيد التى حددتها التشريعات لمباشرة الدعوى خلالها(٤). ويذهب رأى إلى أن منح المشترى حرية الاختيار بين الدعويين، وغالباً ما سيختار ممارسة دعوى الضمان بسبب عدم المطابقة، إنما يُعد بمثابة ضمانة خاصة جداً له وذلك لأنه سيبتعد عن الصعوبات المتصلة بدعوى ضمان العيوب الخفية وعلى وجه الخصوص ميعاد رفع هذه الدعوى، فضلاً عن أنه يتفادى

---

(1)Farouk AHMED: Le contrat international relative aux programes informatiques, thèse, Montpellier 1, 1999, n° 271, p. 168.

(2)Cass. Ass. Plén., 7 Fevrier 1986, D. 1986, p. 543, note Alain BENABENT.

(3)Genèviève VINEY: La responsabilité civile, JCP, 1993, éd. G., p. 3725 et s.

(4)Cass. 1er civ., 13 mai 2003, Agence Française pour le jeu video (A.F.J.V.), 26 décembre 2006, p. 1 et s.

يجب الإشارة إلى أن الفقه المصرى كان سباقاً فى منح المشترى هذا الاختيار، ومن ذلك راجع:

د/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى، (٤)، العقود التى تقع على الملكية، المجلد الأول، البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربى، بيروت – لبنان، ١٩٦٥، فقرة ٣٨٤، ص ٧٦٧.

د/ منصور مصطفى منصور: تحديد فكرة العيب الموجب للضمان فى عقدى البيع والإيجار، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، س١، العدد الثانى، ص ٥١٢ وما بعدها.

بذلك ما قد يكون مدرج بالعقد من الشروط المحددة أو المعفية أو المحددة من ضمان العيوب الخفية([1]).

وما يجب أن نشير إليه، هو الخلاف الذى أثير فى الفقه المصرى بشأن تخلف صفة من صفات المبيع هل يُعد إخلال بالتزام البائع بتسليم مبيع مطابق مرتباً مسئوليته العقدية فى نطاق ذلك الالتزام، أم أنه يُعد بمثابة عيب خفى ينطبق بشأنه أحكام ضمان العيوب الخفية. ونقطة البداية لعرض هذا الخلاف هي المادة ١/٤٤٧ من القانون المدنى والتى تنص على أنه: «يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشترى وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشئ، أو الغرض الذى أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده».

وتعليقاً على ذلك النص يرى البعض «أن المشرع المصرى لم يشترط – وعلى خلاف ما تقرر بالنسبة للعيوب الخفية – أن يكون غياب الصفة المتفق عليها مؤثراً فى حد ذاته فى قيمة المبيع أو فى صلاحيته للاستعمال، حتى يتمكن المشترى من رفع دعوى الضمان. ذلك أن تخلف الصفة يعتبر وفقاً لنص هذه المادة كافياً فى حد ذاته لقيام الضمان. ويمكن تبرير ذلك بأن الصفة التى يتم الاتفاق على ضرورة توافرها تعتبر ذات أهمية مقيسه بمعيار ذاتى. ففوات الوصف يُعد مؤثراً، طالما أن البائع قد كفل هذا الوصف، كما أنه يؤدى إلى نقص منفعة المبيع بالنظر إلى ما توقعه المشترى ووفقاً لحساباته الشخصية. ومفاد ذلك أن المعيار

([1])Ph. LETOURNEAU: Conformité et garantie dans la vente, R.T.D. com., 1980, p. 230 et s.

الموضوعى المتعلق بضمان العيوب الخفية لا يصلح للتطبيق بشأن تخلف الصفة([1]).

وإذا كان الاتجاه الراجح والذى نؤيده هو حق المشترى فى الاختيار بين دعوى الفسخ بسبب عيب عدم المطابقة وبين دعوى ضمان العيب الخفى عند تخلف صفة كفل البائع للمشترى توافرها فيها ، فإن اتجاهاً آخر يذهب إلى أن دعوى ضمان عدم المطابقة هي بداية طريق استثنائى لدعوى ضمان العيوب الخفية وأن القول بانعقاد المسئولية العقدية عن عدم تسليم مبيع مطابق للمواصفات يفرغ نص المادة ١/٢٢٧ من مضمونه ويهدر كل قيمة للتدخل التشريعى فى القانون المدنى الحالى. فإذا كان المشرع قد تدخل بإلحاق تخلف الصفات التى يكفل البائع للمشترى وجودها فى المبيع بالعيب الخفى ليسد نقصاً تشريعياً لمسه فى التقنين المدنى القديم، فإن ذلك يعنى أن المشرع قصد إخضاع هذا العيب الجديد للقواعد التى تحكم دعوى ضمان العيوب الخفية دون غيرها([2]).

([1])د/ حسن عبد الباسط جميعى: شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية، دراسة مقارنة بين القانون المصرى وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوروبية، ١٩٩٣، بدون ناشر، فقرة ٢٠٢، ص ١٤٧ وما بعدها.

([2])د/ حسن عبد الباسط جميعى: شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية ...، المرجع السابق، فقرة ٢٠٧، ص ١٥١.

وقد أسس هذا الاتجاه رأيه استناداً للحكم الصادر من محكمة النقض المصرية والذى جاء فيه أن: «ضمان البائع لمشترى إغلال العقار المبيع قدراً معيناً من الريع يعتبر كفالة لصفة فى المبيع مما تعنيه المادة ٤٤٧ من القانون المدنى، وتخلف الصفة التى كفل البائع وجودها فى المبيع وإن لم يكن عيباً بمعناه التقليدى الدقيق، لأن العيب الخفى كما عرفته المحكمة هو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع، إلا أنه وقد ألحق المشرع حالة تخلف الصفة بالعيب الخفى وأجرى عليها أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان فإن رجوع المشترى على البائع فى حالة تخلف صفة فى المبيع كفل له البائع وجودها فيه إنما==

ونحن من جانبنا نرى أن هذا التفسير كان يتمشى مع السياسات التشريعية المطبقة وقت إصدار القانون المدنى الجديد منذ أكثر من نصف قرن، ولكن يجب الأخذ فى الاعتبار السياسات التشريعية الحديثة والتى ساندها العديد من الأحكام القضائية والتى أفرزها الواقع العملى أمام التطور فى أساليب ونظم المعلوماتية على وجه الخصوص والتى تهدف فى المقام الأول إلى حماية المستهلك العادى عندما يدخل فى علاقات عقديه مع متخصصين والتى نرى أن يكون من شأنها فتح الباب أمام المضرور للاختيار بين أى من الدعويين حسبما يحقق مصلحته خاصة إذا أخذنا فى اعتبارنا النقد الموجه لنص القانون المدنى المصرى الذى يحدد ميعاد رفع دعوى ضمان العيوب الخفية خلال سنة من تاريخ تسليم المبيع للمشترى.

واظهارا لصعوبة التمييز بين العيب الخفى وعدم المطابقة من جانب القضاء الفرنسى فى مجال المعلوماتية نجد محكمة النقض الفرنسية قد قضت بأن عدم كفاءة الأجهزة محل التعاقد فى تأدية وظائفها يجب اعتباره عيب خفى وليس عدم مطابقة

" `Les dysfonctionctionnement affectant des materiels informatique doivent s'analysé comme des vices cachés et non comme des dèfauts de conformité"

ويتحصل الموضوع فى أن شركة قد اشترت عدة أجهزة كمبيوتر وتلاحظ وجود بعض العيوب الوظيفية بها. تقدم المشترى بدعوى يطالب فيها بفسخ العقد مؤسسا طلباته على سند من القول بأنه تسلم أجهزة غير

== يكون بدعوى ضمان العيوب الخفية، ولا يكون للمشترى أن يرجع على البائع على أساس أنه قد أخل بالتزام آخر مستقل عن التزامه بالضمان».

(حكم محكمة النقض المصرية، ١٥ مايو ١٩٦٩، مجموعة المكتب الفنى، س٢٠، ص٧٩٦).

مطابقة للمواصفات. قضت محكمة الاستئناف بقبول الدعوى شكلا وأجابت المدعى لكافة طلباته الموضوعية وذلك استنادا الى أن دعوى فسخ عقد البيع لتسليم مبيع غير مطابق لاترتبط بميعاد قصير لرفعها. وبعد الطعن على ذلك الحكم بطريق النقض قضت الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بنقض الحكم الصادر من محكمة الاستئناف وذلك على سند من القول بأن العقد محل التداعى قد اشتمل على شراء عدد أربعين جهاز حاسب آلى وأن العيب المشار اليه قد وجد فى عدد احدى عشر جهازا فقط بما مؤداه أن حكم محكمة الاستئناف قد أخطأ فى تطبيق القانون حين أجاب المشترى لطلباته وأن صحيح حكم القانون يقتضى تطبيق نص المادة ١٦٤١ من القانون المدنى باعتبار أن ذلك يمثل عيب خفى وليس عدم مطابقة([1]).

وعلى الصعيد الدولى، وتأكيداً لدقة وصعوبة التمييز بين عدم المطابقة والعيب الخفى نجد اتفاقية فيينا بشأن عقد البيع الدولى للبضائع([2]) قد تبنت مفهوم موحد لعدم المطابقة واعتبرت العيب الخفى داخلاً فى نفس المفهوم. والسؤال الذى يطرح نفسه بشأن هذه الاتفاقية يتعلق بمصطلح «البضائع» محل الاتفاقية والتى لم تضع تعريفاً لهذا المصطلح، فهل يمكن اعتبار برامج الحاسب الآلى بضاعة تسرى عليها أحكام الاتفاقية إذا توافرت شروط انطباقها. وبوجه عام يجدر الإشارة إلى أن الاتفاقية لم تنظم شروط العقد من حيث الشروط المحددة والمعفية من المسئولية بشأنها ولكنها نظمت فقط مواعيد ممارسة الحق فى الرجوع بالضمان على البائع من جانب المشترى. فنجد الاتفاقية تنص على أنه: «فى جميع الأحوال، للمشترى الحق فى الرجوع بالضمان إستناداً

([1])Cass. Com. , 24 April 2007, Bull. Civ. , IV. 17051, obs. Chemouli DAUZIER.

([2])إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع بتاريخ ١١ إبريل لعام١٩٨٠.

لعدم المطابقة ويسقط هذا الحق إذا لم يمارسه المشترى فى خلال سنتين من التاريخ الذى تم تسليمه البضاعة تسليماً فعلياً»([1]).

ثم جاءت المادة ٤٠ من الاتفاقية لتقرر استبعاد تطبيق المادة ٣٩ السابقة فى حالة علم البائع بالعيب أو عدم استطاعة جهله به. وفى ضوء ما سبق يرى البعض أن القانون الفرنسى فى هذه الحالة يحقق حماية للمشترى أكثر فعالية وذلك من خلال افتراضه قرينة علم البائع بالعيب عندما يكون محترفاً ومتخصصاً فى مجال التعاقد([2]). فضلاً عن كل ما سبق، وتأكيداً على التقارب الشديد بين العيب الخفى وعدم المطابقة والضمان الناشئ عن كل منهما يتعين علينا أن نعرض لموقف القضاء الفرنسى من هذه الإشكالية. فنجد الدائرة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية وكذلك الدائرة التجارية قد تبنت فى أكثر من حكم مفهوماً موسعاً لعدم المطابقة واعتبرت العيب الخفى هو أحد جوانب عدم المطابقة([3])، وقد كان لذلك المفهوم الموسع أثر هام جداً من الناحية العملية، فقد اعتبرت الدائرتين المشار إليهما أن هناك تداخل قد يصل فى بعض الأحيان إلى درجة الاستغراق بين كل من دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى ضمان عدم المطابقة وذلك بسبب وحدة الهدف النهائى

([1])المادة ٢/٣٩ من الاتفاقية والتى تنص على أن:

"Dans tous les cas, l'acheteur est déchu du droit de se prévaloire d'un défaut de conformité, s'il ne le dénonce pas au plus tard dans un délai de deux ans à compter de la date à la quelle les marchands dissus lui ont été éffectivement remises, à moins que ce délai ne soit incompatible avec la durée d'un garantie contractuelle".

([2])Sabine LIPOVETSKY: Les clauses limitatives de responsabilité et de garantie dans les contrats informatiques, art. préc., p.4 et s.

([3])من الفقهاء المؤيدين لذات التفسير الفقيه الفرنسى الكبير:

JACQUES GHESTIN: Les effets du contrat in traité de droit civil, L.G.D.J., 1992, n° 8, p. 15 et s.

الذى تسعى إلى تحقيقه أى من الدعويين. وبناء على ذلك يرى البعض أن آثار كل من الدعويين شبه متطابقتين([1]).

وفى ضوء ما سبق، نجد الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية قد قضت بعدم استبعاد اندماج كل من دعوى ضمان العيب الخفى ودعوى ضمان عدم المطابقة والخيار أمر متروك للمشترى. وبناء على ذلك فقد انتهى الحكم إلى خطأ الحكم الصادر من محكمة الاستئناف فى تطبيق القانون بتبنيها مفهوماً ضيقاً لعدم المطابقة واعتبار العيب الخفى مستقلاً عنه وله دعواه الخاصة والتى تطلب المشرع ضرورة رفعها خلال ميعاد قصير. وإذ قام الطاعن برفعها بعد ذلك الميعاد مؤسساً دعواه على التزام البائع بعدم المطابقة فإنه يكون قد سلك طريقاً غير الذى رسمه القانون. وكان ذلك التفسير من جانب محكمة الاستئناف هو سبب نقض الحكم من جانب محكمة النقض، فقد جاء فى حكمها أن عيب المبيع محل الدعوى والذى يعيقه عن أداء الغرض الذى تم التعاقد من شأنه يعد بمثابة عدم مطابقة وذلك على سند من القول بأن العيب بهذا المعنى ولو كان خفياً فإنه يشكل أحد جوانب المطابقة وبالتالى يكون الميعاد الذى يتعين ممارسة الدعوى خلاله ليس الميعاد المحدد فى المواد المنظمة لضمان العيب الخفى وإنما دعوى المسئولية الناشئة عن التزام البائع بتسليم المشترى مبيعاً مطابقاً لما تم الاتفاق عليه بالعقد([2]). وقد تأكد ذلك الاتجاه فى حكم آخر قضى بأن كل عيب هو عدم مطابقة وبناء عليه يستفيد المشترى من اختيار أى من الدعويين المنظمة لكل منهما([3]).

([1])Ph. MALAURIE et L. AYNES: Les contrats spéciaux, éd. Cujas, 1991, n° 285 et s.

([2])Cass. 1er civ., 16 juin 1990, jurisdats, annexe I, p. 41 et s.

([3])Cass. Ass. plén. 7 Fevrier 1986, JCP, 1986, II, no 20616, note ph. MALINVAUD.

حيث جاء فى الحكم أن : ==

وتعليقاً على الموقف السابق من جانب محكمة النقض الفرنسية يرى البعض أن التفسير الموسع السابق ليس معناه عدم وجود فعلى لدعوى ضمان العيوب الخفية وإلا كان تنظيم المشرع لها بمثابة تنظيم ظاهرى لا فائدة له من الناحية العملية. فلا يجب أن نغفل أن كل دعوى لها مراحلها وأحكامها ولا يوجد تطابق تام وكامل بينهما([1]).

وقد وجد التفسير الموسع تأييد قوى من جانب الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية حين قضت بنقض الحكم الصادر من محكمة الاستئناف والذى جاء فيه أن سلوك المستأنف لطريق دعوى المسئولية على الرغم من أن العيب الموجود بالمبيع هو عيب خفى تنطبق بشأنه المدة التى يتعين رفع الدعوى خلالها ، فإن قبول طريق المستأنف لغير تلك الأخيرة يُعد بمثابة مخالفة صريحة لإرادة المشرع من تحديد ميعاد قصير يتعين ممارسة الدعوى خلاله. وقد جاء حكم محكمة النقض على سند من القول بأن الحكم المطعون فيه قد أخطأ فى تطبيق القانون إذ أنه لم يبحث فى مدى التزام البائع بتسليم المشترى شئ مطابق للمتفق عليه فى العقد حتى يمكن أن يحقق الغرض المنتظر منه مع ضرورة الأخذ فى الاعتبار أن العيب الذى يعيق المبيع من أداء الغرض المشترى من أجله يجعل المبيع الذى تم تسليمه للمشترى غير مطابق من الناحية العملية لما تم الاتفاق عليه([2]).

وخلاصة القول، أن الخلط بين العيب الخفى وعدم المطابقة وكذلك الدعوى الخاصة بكل منهما أمر وجد على أعلى مستويات رجال القضاء كما سبق أن أشرنا. وإذا كان ما سبق فإن حماية

= "il semble bien que tout vice est un default de conformité, et que par suite, l'acheteur bénéficie d'une option les deux actions".

([1])Emmanuelle TRICHET: L'action en non-conformité dans la vente, point de la jurisprudence, D.E.A. de droit privé, Université de paris I (panthéon-Sorbonne), 1993, n° 50, p. 23 et s.

([2])Cass. Com. 22 Mai 1991, D. 1992, p.200 et s., obs. O. TOURNAFOND.

المستهلك العادى بالمفهوم الواسع الذى يدخل فيه المتخصص ولكن فى مجال آخر غير ذات مجال التعاقد تفرض نفسها من خلال قبول الضمان الأكثر حماية له، فإذا كان العيب خفياً وانقضى ميعاد رفع دعوى الضمان الخاص به أمام قصر هذه المدة فيمكن تفسير العيب فى هذه الحالة بأنه يؤدى إلى أن يصبح المبيع الذى تم تسليمه غير مطابق من الناحية الوظيفية بما ينفتح معه ميعاد دعوى المسئولية ولا يسقط حقه فى الضمان ويقع على عاتق الفقه فى المقام الأول إما أن يضعوا معايير واضحة يمكن أن يتحدد بها بشكل كبير نطاق وأحكام كل من الضمانين أو أن يسعون إلى وضع نظرية عامة هدفها حماية المستهلك ويكون للقضاء دور بارز فى تطبيقها بحسب ظروف كل دعوى وملابساتها.

الخاتمة

إن الهدف الأساسي من تلك الدراسة كانت البحث في أفضل الوسائل المناسبة لإيجاد نوع من التوازن النسبي بين أطراف علاقة عقدية غير متكافئة من الناحية الفنية وذلك بالنظر إلى طبيعة كل منهم، ونقصد بذلك العقود التي يكون أحد أطرافها مستهلك عادي يسعى إلى الحصول على حاجياته والطرف الآخر شخص محترف ومتخصص في مجال مهني يملك من خلاله من الإمكانات والخبرات مالا يتوافر بالنسبة لمن يتعامل معه.

وتحقيقاً لهذا الهدف فقد تناولنا في الفصل الأول بحث الصعوبات الخاصة بمدى توافق القواعد العامة للمسئولية العقدية مع ما يمكن انطباقه بشأن تلك المسئولية في مجال المعلوماتية والشبكات، وقد كانت البداية بإثارة الصعوبات الخاصة بأركان تلك المسئولية من خطأ عقدي، وضرر وعلاقة سببية بين كلا العنصرين.

أما المبحث الثاني من ذلك الفصل فقد خصصناه مع نوع من التأصيل والتحليل المقارن لبيان دور الشروط الاتفاقية المعدلة للمسئولية العقدية في مجال المعلوماتية وذلك من خلال معالجة الشروط المتعلقة بحدود الالتزام مصدر المسئولية ومدى تأثيره على العقود المبرمة. ومن جانب ثان فقد تناولنا بشكل شبه مستفيض الإشكالية الخاصة بشرط عدم المسئولية ومدى اعتبار ذلك الشرط شرطاً تعسفياً سواء كان ذلك في التوجهات الأوربية أو التشريعات الوطنية مع إظهار الدور البارز للقضاء في إرساء المبادئ المتعلقة بهذا النوع من الشروط الاتفاقية المعدلة للمسئولية والتي كان من أبرزها على سبيل المثال لا الحصر تحديد مفهوم موسع لفكرة المستهلك والذي أصبح يندرج فيه المتعاقدين المحترفين والمتخصصين ولكن في مجال يختلف عن مجال تخصص البائع بكل ما يترتب على ذلك المفهوم من آثار تهدف لحماية المستهلك. كذلك

فقد تناولنا بحث طائفة الشروط المحددة للمسئولية العقدية في مجال المعلوماتية والشبكات وبرامج الحاسب الآلي.

وفي الفصل الثاني من ذلك البحث فقد عرضنا لبعض التطبيقات العملية الأكثر شيوعاً في شأن وضع المسئولية العقدية في مجال المعلوماتية موضع التنفيذ. وقد أوضحنا أن أهم تطبيق بالنظر لما يثار بشأنهما من خلافات فقهية وقضائية هما ضمان العيوب الخفية، والالتزام الناشئ عن ضمان المطابقة مع الأخذ فى الاعتبار أن نطاق هذين الضمانين لا يقتصر فقط على عقود بيع المعلوماتية وإنما يمكن إعمال أحكامهما بالنسبة لطائفة العقود الأخرى التي ترد على ذات المحل بعنصرية المادي والمعنوى المتصل إتصالاً وثيقاً بحماية حقوق الملكية الفكرية.

وبالنسبة للضمان الأول الخاص بالعيوب الحفية فقد أثرنا الإشكالية الخاصة بعناصر العيب الخفي الموجب للضمان ومدى توافر تلك العناصر في مجال الشبكات وعلى وجه الخصوص بالنسبة لفيروس الحاسب الآلي بكل ما يترتب على التوافر أو عدم التوافر من آثار أهمها إعمال أحكام الضمان أو استبعاده.

فضلاً عن ذلك فقد تناولنا بالدراسة الفقهية المدعومة بالأحكام القضائية الإشكالية الخاصة بالعقود المتتالية ذات المحل المشترك وما تثيره هذه العقود سواء بالنسبة لما يدرج بأي منها من شروط اتفاقية معدلة للمسئولية، وتطبيق المبادئ المتعلقة بهذه الإشكالية على المسئولية الناشئة عن ضمان العيب الحفي وكذلك معالجة الآثار المترتبة على كل ما سبق بالنسبة لما يتمتع به المشتري من خيارات عندما يكون مستهلكاً عادياً أو متخصصاً - وكما سبق القول - ولكن في مجال آخر خلاف البائع المحترف.

أما المبحث الثاني من ذلك الفصل فقد تناولنا من خلاله الإشكالية الخاصة بضمان عدم المطابقة في محاولة لبيان أوجه التقارب والاختلاف بينه وبين ضمان العيب الخفي والذي ثار بشأنه جدل فقهي وقضائي على أعلى مستوى وصولاً إلى طرح حل يتفق مع سياسة البحث وأهدافه الساعية إلى حماية المستهلك.

ومنعاً من الإطالة والتكرار، واجتهاداً نسأل الله التوفيق بشأنه فقد انتهينا إلى طرح التوصيات التالية:

أولاً: في ضوء الجدل الفقهي والقضائي حول تكييف العقد الذي يتعلق باستغلال خدمات المعلوماتية والشبكات نرى أفضلية اعتبار العقد عقد بيع وذلك بالنظر للضمانات والحماية التي يستفيد منها المشتري بموجب نصوص القانون والمستقر عليه فقهاً وقضاءاً في مواجهة البائع. ولا يقف الأمر عند هذا الحد بل يجب التأكيد على أن عقد البيع يشمل الأشياء المادية التي يرد عليها العقد فضلاً عن اشتماله على كافة الملحقات التي تقدم في مجال البحث ومن بينها برامج الحاسب وقواعد البيانات وغيرها من النظم المعلوماتية ذات الصلة.

ثانياً: فيما يتعلق بتحديد مفهوم للخطأ العقدي في مجال المعلوماتية والشبكات وذلك بالنظر لطبيعة الالتزام هل بتحقيق نتيجة أم بذل عناية. نؤكد وبشده على ضرورة تبني الاتجاه القائل بأن حماية المستهلك العادي تقتضي اعتبار أي شرط يوضع من جانب الشخص المحترف في تخصصه ويكون مضمونه إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة تقليل التزامه ليصبح التزاماً ببذل عناية بدلاً من التزامه بتحقيق نتيجة بمثابة شرطاً تعسفياً ويكون بالتالي شرطاً باطلاً يستبعد من العقد المبرم بين الطرفين.

ثالثاً: في مجال الشروط الاتفاقية المعدلة للمسئولية العقدية يجب النظر بعين الاعتبار إلى الالتزامات الرئيسية لكل عقد والتي يتعين ألا تكون محلاً للاتفاق على الإعفاء فيها، ولو فرض ووضع مثل هذا الشرط بشكل صحيح فحتى لا ينال من العقد بشكل كامل يمكن اعتبار عدم تنفيذ أي من المتعاقدين لأي من التزاماته الرئيسية بمثابة خطأ جسيم من جانبه لا يسرى معه الشرط المعدل للمسئولية المرتبطة بذلك العقد.

رابعاً: حماية للمشترى كمستهلك عادي أو حتى لو كان متخصصاً ولكن في مجال آخر غير تخصص البائع نرى أفضلية تبنى قرينة اعتبار البائع المحترف عالماً بالعيب الموجود بالمبيع إذ أن ذلك سيفيد المشترى في منحه الحق في مطالبة البائع بكافة عناصر التعويض خاصة وأن هذه القرينة هي التي تتمشى مع فكرة الاحتراف وما ينبغى توافره في الشخص المحترف من سمات فنية وشخصية بالإضافة لخبراته العملية في مجال يمكنه من اكتشاف ما به من عيوب وإلا كان مخطئاً. ومن الناحية العملية فمثل هذا الشخص يستطيع إبرام عقود تأمين أو اتخاذ أية وسائل أخرى تكون نتيجتها عدم تحمله بأية خسائر مالية جسيمة تلقى تبعاتها في النهاية على عاتق المستهلك الأولى بالحماية.

خامساً: حماية للمستهلك فإننا نوصى بضرورة التدخل التشريعي لتعديل النص الخاص ببدء سريان ميعاد دعوى ضمان العيوب الخفية ليكون ذلك السريان من تاريخ كشف العيب وليس من تاريخ تسليم المبيع وذلك على أقل تقدير بالنسبة للعيوب ذات الطابع الخاص ومن بينها بلا شك عيوب المعلوماتية التي يصعب اكتشافها على المتخصصين. وحتى لا يكون هناك مجال للتمييز

في الحماية بين شخص وآخر نرى أفضلية أن يكون النص عاماً حتى لا تثار أي شبهة لعدم الدستورية بالنسبة لمثل هذا التعديل.

سادساً: في مجال المعلوماتية والشبكات وفي حال سلسلة العقود المتتالية ذات الوحدة والهدف المشترك والمحل الواحد إذا وجدت شروط تحديد أو إعفاء من المسئولية في أي مرحلة منها يجب الاعتداد بها بالنسبة للمتخصصين في ذات المجال وعدم الاعتداد بها إذا دخل في تلك السلسلة العقدية مستهلك عادي دون أن يعترض على ذلك بأن تلك العقود وحدة واحدة لا تقبل التجزئة إذ أن ذلك الأمر يتعين على القضاء النظر إليه بعين الاعتبار وفي أضيق نطاق حتى لا يفقد تلك السلسلة وحدتها التي قصدها المشرع.

سابعاً: أمام التقارب الشديد – الذي قد يصل إلى حد التطابق لدى البعض – بين كل من ضمان العيب الحقي وضمان عدم المطابقة، ومن حيث إن لكل دعوى منها أحكام وأساس مختلف وحماية للمستهلك العادي عندما يدخل في علاقات مع متخصصين نرى أنه من الأفضل عندما يوجد عيب ينطبق عليه الوصفين أن يترك الخيار للمضرور بين أي منهما بسبب ما يحقق مصلحته خاصة في حال وجود مواعيد مختلفة يتعين إقامة الدعوى خلالها دون أن يعتبر تطبيق القضاء لمثل هذا الخيار بمثابة خطأ في تطبيق القانون يتعين القضاء بإلغاء ما يبنى عليه من أحكام قضائية.

قائمة المراجع العربية

أولا: المراجع العامة:

د. أحمد شوقى محمد عبد الرحمن: البحوث القانونية فى مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، دراسة فقهية وقضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.

د. حسام الأهواني: عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٩.

د. عبد الرزاق السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى (٤)، العقود التى تقع على الملكية، المجلد الأول، البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربى، بيروت، ١٩٦٥.

د. على نجيده: الوجيز فى عقد البيع، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

د. فتحى عبد الرحيم عبد الله: شرح النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١.

د. محمد حسن قاسم: القانون المدني، العقود المسماة (البيع – التامين (الضمان) – الإيجار – دراسة مقارنة – منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠٠٥.

ثانيا: المراجع المتخصصة:

د. أحمد السعيد الزقرد: نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة مقارنة فى مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الثالث، السنة الخامسة والعشرون، سبتمبر ٢٠٠١.

د. أحمد عبد العال أبو قرين: ضمان العيوب الخفية وجدواه فى مجال المنتجات الصناعية، دراسة تطبيقية فى بيوع الحاسب الآلى – المواد الخطرة، منتجات الصيدلة والكيماويات الطبية، بدون سنة نشر.

د. أسعد دياب: ضمان العيوب الخفية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٨١.

د. جابر محجوب علي: ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، دراسة في القانون الكويتي والقانونين المصري والفرنسي، مجلة الحقوق جامعة الكويت، السنة العشرون، العدد الثالث، سبتمبر ١٩٩٦.

د. حسن عبد الباسط جميعي: شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية، دراسة مقارنة بين القانون المصرى وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوروبية، ١٩٩٣.

د. سعيد جبر: الضمان الاتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع، دار النهضة العربية، ١٩٨٥.

د . عزة محمود أحمد خليل: مشكلات المسئولية المدنية فى مواجهة فيروس الحاسب، دراسة فى القانون المدنى والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٤.

د. محمد حسين منصور : المسئولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ٢٠٠٧.

د. محمد شكري سرور: مسئولية المنتج عن الإضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، ١٩٨٣ .

د. منصور مصطفي منصور: تحديد فكرة العيب الموجب للضمان فى عقدى البيع والإيجار، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، س١، العدد الثانى.

د. نبيلة اسماعيل رسلان: المسئولية فى مجال المعلوماتية والشبكات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٧.

قائمة المراجع الأجنبية

(1) Les ouvrages généraux :

Jean – Louis BAUDOUIN et Pierre – Gabriel JOBIN: Les obligations, 5e éd., éd. Yvon BLAIS, 1998.

Jean - Louis BAUDOUIN et P. DESLAURIERS: La responsabilité civile, 5e éd, éd. Yvan BLAIS, 1998.

F. COLLART DUTILLEUL et ph. DELEBECQUE: contrats civils et commerciaux, 4e éd, Dalloz, 1998.

Philippe CONTE et Patrick MAISTRE DU CHAMBON: La responsabilité délictuelle, P.U.G. (presses Universitaires de Grenoble), Grenoble 2000.

Patrice JOURDAIN: Les principes de la responsabilité civile, 2e éd., Dalloz, paris, 2000.

Christian LARROUMET: Droit civil, T.3, les obligations " le contrat", éd. Economica, 1998.

(2) Les ouvrages spéciaux et thèses

Farouk AHMED: le contrat international relatif aux logiciels informatiques, thèse, Montpellier 1, 1999.

Michel ALTER: L'obligation de deliverance dans la vente de meubles corporels, thèse, Paris, 1972.

A. BENSOUSSAN: Informatique et télécoms, reglementations, contrats, Fiscalité, reséaux, éd. FRANCIS LEFEBVRE, 1997.

Hubert BITAN: Contrats et litiges en informatique,la délivrance du logiciel, éd. PUAM Presses universitaires d'Aix- Marseille, 1996.

D. L. BOHOUSSOU: L'obligation de garantie dans les contrats relatifs à l'informatique, thèse, Montpellier, 1993.

Ch. CHOLKAMI: La responsabilité liée aux contrats relalifs aux logiciels informatiques, étude de droits français et de droit égyptien, thèse, Paris I (panthéon-sorbonne), 2002.

CLAVIEZ: Securité informatique et virus, éd EYROLLES, 1990.

François COLLART- DUTILLEUL et Bernard MAGOIS: Contrasts de vente immoblillière, éd. DELMAS, 1er éd. 1998.

Philippe DELEBECQUE: Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, thèse, Aix-Marseille III,1981.

M. DOYEN: Les contrats de fourniture de logiciel, Mem. D.E.A., Nantes, 1986.

M. FONTAINE: Observations sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, Actes du colloque des 13et 14 décember1990 sous la direction de Jacque GHESTIN, éd. L.G.D.J., 1990.

Jean GATSI: Les contrats spéciaux, éd. ARMAND COLIN, 1988.

A. HASSAN: La clause d'exonération de responsabilité contractuelle, thèse, Nantes, 1991.

Jerôme HUET: Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, Essai de delimitation entre les deux, thèse, Paris, 1978.

Jerôme HUET: Les principaux des contrats spéciaux, éd. L.G.D.J., 2001.

D. LAMBERTERIE: Les techniques contractuelles Societiés par l'informatique, thèse, Paris II pantheon ASSAS, 1977.

Philippe LE TOURNEAU: Contrats informatiques et électroniques, Dalloz, 2é éd., 2002.

Daniel MAINGUY : Contrats spéciaux, éd. Dalloz, 1998.

Philippe MALAURIE et Louis AYNES: Les contrats spéciaux, éd. Cujas, 1991.

Pierre – Paul LEMYRE: Les logiciels libres sous l'angle de la responsabilité civile, Mem. D.E.A., Université de Mantréal, Novembre 2002.

F.J. PANSIER et E. JEZ: Initiation à l'Internet juridique, éd. Litec, 2000.

M. PRETNAR: Le service et le suivi du logicial, Aspects contractuells, thèse, Paris Nord, 1993.

F. PROAL: La responsabilité du fournisseur d'information en réseau,thèse,Aix Marseille.

Michael D. SCOTT : Scott on computer law, vol 2, 2d éd., Englewoods Cliff, New Jersey, 1998.

B. TEYSSIE: Les groupes de contrats, Thèse, Montpellier, 1975.

Emmanuelle TRICHET: L'action en non-conformité dans la vente, point de la jurisprudence, D.E.A. de droit privé, Université de paris I (panthéon-Sorbonne), 1993.

Bernard ZANHND: Pluralité de responsabilité et solidarité, Lausanne, 1980.

(3) Les articles :

Laurent AYNES: Droit français, in, les clauses limitatives ou exonératioires de responsabilité en Europe, Actes du colloque des 13

et 14 décembre 1990 sous la direction de Jacques GHESTIN, L.G.D.J., 1990.

Etienne BERY: Le bogue de l'an 2000 sous la loupe des contrats informatiques, L'ASBL, Droit Nouvelles Technologies, Bruxelles, 26 septembre 1999.

Hubert BITAN: Contrats et litiges en informatique la déliverance du logiciel, PUAM (presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1er éd., 1996.

M. CLÉMENT- FONTAINE: Le licence publique général GNU, Juriscom. Net, 1999.

D. DELAVAL: La responsabilité du créateur de logiciel et ses limites, GAZ. Pal., 1992.

Philippe DELEBECQUE: Régime de la réparation, Modalités de la réparation, Régles particuliers á la Responsabilité contractuelle,Conventions relatives á la responsabilité, jcl, 1998.

Philippe DELEBECQUE: Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat, petites Affiches, 15 mai 2000.

Philippe DELEBECQUE et D.MAZEAUD: les clauses de responsabilité, clauses de non responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales,in les sanction de l'inexécution des obligations contractuelles ,et de droit comparé, sous la direction de M.FONTAIN, et Geneviève VINEY, L.G.D.J.,2001.

Marcel FONTAINE: Les clauses limtatives et exoneratoires de responsabilité et de garantie dans les contrats internationaux, Revue de droit des affaires internationals, 1985.

F. FOURMENT: Defauts cachés de la chose vendue: que reste-t-il de l'action en garantie des vices cachés?, RTD com. 1997.
Le rapport GARCENAC sur la modernization de l'administration électronique, remise au Premier minister le 19 avril 2001.
Jacques GHESTIN: Les effets du contrat in traité de droit civil, L.G.D.J., 1992.
Christian LARROUMET: Obligations et clause limitative de responsabilite, D. 1997.
Ph. LE TOURNEAU: Conformité et garantie dans la vente, R.T.D. com., 1980.
Philippe LE TOURNEAU: Tres brèves observations sur la nature de contrats relatifs aux logiciels, JCP, éd. G., 1982.
Sabine LIPOVETSKY: Les clauses limitatives de responsabilité et de garantie dans les contrats informatique, approche comparatives France / Etats Unis, quelles limitations?, Expertises, mai 2000.
André LUCAS: Droit de l'informatique et de l'internet, Dalloz, 2001.
Ejan MACKAAY: Le marché du progiciel – licence ou vente?, chaiers de propriété intellectuelle, 1994.
Ph. MALINVAUD: L'action directe du mâitre de l'ouvrages contre les fabricants et fournisseurs de materiaux et composants, D. 1984.
T. Van OVERSTARAETEN: Le problème de l'an 2000, Les recours contractuels, Actes du colloque organisé par Info Topics à Diegem le 21 Octobre 1998.

Marlene TREZEGUET: Débat: peut – on appliquer la garantie contre les vices cachés en matière de logiciels, CEJEN. Com. 16 sebtembre 2003.

Geneviève VINEY : L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats, Melanges, Holleraux, 1990.

Genèviève VINEY: La responsabilité civile, JCP, éd. G.,1993

Michel VIVANT et Ch. STANC: Lamy droit de l'informatique, 2000.

Michel VIVANT et autres: Lamy droit de l'informatique et de réseaux, Paris, Lamy, 2001.

(4) Notes sous jurisprudences :

Cass. Ass. Plén., 7 Fevrier 1986, D. 1986, p. 543, note Alain BENABENT.

Cass. Com. 9 juillet 2002, JCP, ed., G., 13 novembre 2002, p. 2032, note, M. BILLIAU et G. LOISEAU.

C.A. Paris, 16 janvier 1998, EXP., 1998, p. 295, note J. BERTRAND.

Cass. Com. , 24 april 2007, Bull. Civ. , IV. 17051, obs. Chemouli DAUZIER.

Cass.civ.1er ch. , 2 février 1994, JCP,1994, éd. E, p.579, note Philippe DELEBECQUE.

Cass. 1er civ., 10 juillet 1996, D.1997, p.173, note Philippe DELEBECQUE.

Cass. 3e civ., 21 Fevrier 1990, D. 1990, p. 277, note H. DUBOIS.

Cass. 1er civ., 14 mai 1996, D.,n° 23, 18 juin 1998, p.305 et s., note Jault-Seseke FABIENNE.

Cass. 1er Civ., 8 avril 1986, RTD civ., 1987, p. 557, obs. Jerôme HUET.

Cass. Com. 3 Fevrier 1998, D., n° 33, 24 septembre 1998, p. 455 et s., note Revel JANINE.

Cass. 1er Civ., 14 mai 1996, D. 1998, p. 305, note F. JAULT-SESEKE.

Cass. 1er civ., 19 janvier 1982, D.1982, p.457, note Ch. LARROUMET.

Ch. LARROUMET: note sous cass. 1er., civ., 21 Jun 1988, D., 1989.

Cass. 1er civ. 24 novembre 1993, JCP, éd. E. 1994, p. 593, note. L. LEVENEUR.

Cass. Ass. plén. 7 Fevrier 1986, JCP, 1986, II, no 20616, note Ph. MALINVAUD.

Cass. 1er civ., 13 octobre 1993, Droit de l'informatique et des télécoms, 1994, n° 2, p. 23 et s., note P. MARTINEZ.

Cass Com., 10 mai. 1994, D.1995, p. 87, obs. D. MAZEAUD.

Cass. Com., 26 Fevrier 1999, JCP, ed., G., 2000, P. 215, obs. ROCHFELD.

Cass. 3e. civ., 27 Septembre 2000, D., n° 32, 20 Septembre 2001, p. 2628 et s., note Jean-Patrice STORCK.

Cass. civ, 3 mai 1989, D.1990, p.115, note M. TOURNAFOND.

Cass. Com. 22 mai 1991, D. 1992, p. 200 et s., obs.M. TOURNAFOND.

قائمة بأهم المختصرات

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

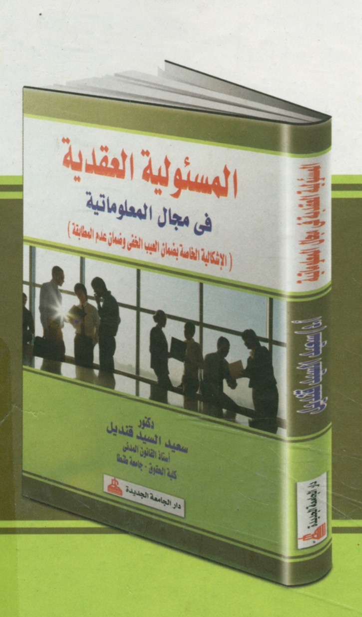
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
al.	Alinéa
Arch.philo.droit	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
Ass. plé.	Assemblée plénière
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
CA	Cour d'appel
Cah. dr. eur.	Cahiers de droit européen
C.cass.	Cour de cassation
C.civ.	Code civil
CE	Conseil d'Etat
Chron.	Chronique
C.P.I.	Code de la propriété intellectuelle
D.	Dalloz
D.affaires	Dalloz affaires
Doctr.	Doctrine
Dr. auteur	Droit d'auteur
éd.	édition
Expertises	Expertises des systèmes d'information
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Inf.rap.	Informations rapides

J.CI.	Juris-Classeur
JCP	Juris-Classeur Périodique, édition générale
JCP E	Juris-Classeur Périodique, édition entreprise
JO	Journal officiel, lois et décrets
Jur.	Jurisprudence
obs.	Observations
pan.	Panorama
PU	Presses Universitaires
PUAM	Presses Universitaires D'Aix de Marsellie
PUG	Presses Universitaires de Grenoble
Rev.adm.	Revue administrative
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur
RID comp.	Revue international de droit comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Somm.	Sommaire
T. civ.	Tribunal civil
TGI	Tribunal de grande instance
UCITA	Uniform Computer Information Transaction
V.	Voir

الفهرس

رقم الإيداع	٢٠١٢/١٩٦٤٦
الترقيم الدولى	I.S.B.N
978-977-6410-22-0	

دار الجامعة الجديدة للنشر
٣٨ شارع سوتير - الأزاريطة الإسكندرية ت : ٤٨٦٣٦٢٩ - ٤٨٦٨٠٩٩
E-mail. : darelgamaaelgadida@hotmail.com
www.darggalex.com   info@darggalex.com






ISBN: 978-977-6410-22-0
9 789776 410220

دار الجامعة الجديدة
٣٨-٤٠ ش سوتير - الازاريطة - الاسكندرية
تليفون : ٤٨٦٣٦٢٩ - فاكس: ٤٨٥١١٤٣ - تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩
Email.darelgamaaelgadida@hotmail.com
www.darggalex.com info@darggalex.com